



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

IGUALDADE, JUSTIÇA E DEMOCRACIA: OS ASPECTOS DEONTOLÓGICOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

MARCOS ANTÔNIO DA SILVA

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Hildegard Taggesell Giostri

MARCOS ANTÔNIO DA SILVA

**IGUALDADE, JUSTIÇA E DEMOCRACIA: OS ASPECTOS
DEONTOLÓGICOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

MARCOS ANTÔNIO DA SILVA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do *Campus* de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Hildegard Taggesell Giostri

Silva, Marcos Antônio.

Igualdade, justiça e democracia: os aspectos deontológicos das ações afirmativas no sistema constitucional brasileiro / Marcos Antônio da Silva. Jacarezinho, 2012.

CC, 200 f. 213 páginas.

Hildegard Taggesell Giostri

Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2012.

1. Igualdade. 2. Justiça. 3. Ações afirmativas. I. Título.

CDD 305

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCOS ANTÔNIO DA SILVA

IGUALDADE, JUSTIÇA E DEMOCRACIA: OS ASPECTOS DEONTOLÓGICOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça. Linha de pesquisa: Justiça e Exclusão) da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, defendida em 19 de outubro de 2012 e aprovada por unanimidade por banca examinadora, constituída pelos doutores:

Banca Examinadora:

Presidenta: Professora Doutora Hildegard Taggesell Giostri – UENP

Membro: Professor Doutor Antônio Carlos de Souza – UENP

Membro: Professor Doutor José Roberto Anselmo – ITE – Bauru

Coordenador do Curso: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, PR, 19 de outubro de 2012

DEDICATÓRIA

À Telma, minha querida esposa, com carinho e ternura;
Ao Pedro Henrique e ao João Paulo, meus filhos, com amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, principalmente;

Aos meus pais José Maria e Maria Concentino, pelo dom da vida e que, mesmo na simplicidade, me revelaram valores que insculpiram o meu ser;

Ao meu avô, Acácio Concentino (*in memorian*), autodidata, que me ensinou as primeiras letras e lições;

Aos meus irmãos, Zé Maria e Daniel, pelo companheirismo e amizade;

Aos meus sogros, Cleonice e Joel, pela alegria contagiante;

Aos meus cunhados e cunhadas, Sérgio Henrique, Celso Ricardo (Pio) (*in memorian*), Cyntia, Sandra, Suellen e Regina, pela torcida e cumplicidade;

Às minhas sobrinhas, Maria Isabel, Helena, Lorena e Laura, cuja doçura do coração renova-me a alegria de viver;

Aos meus tios, Elídio e Maria José; Dionísio e Maria Aparecida; Eunice e Antônio; Aclevenice e Dirceu (*in memorian*), pela garra e determinação frente aos desafios da vida;

Aos amigos de ontem, de hoje e de sempre, Mauro Fabian; Roberto Carlos de Castro e Sandra Maria; Dimas Rebordão e Wanda Chiqueto; Diogo Vieira Bertolucci e Luciano Roque da Rosa, pelo respeito, carinho e por demonstrarem o significado concreto da palavra amizade;

Aos amigos da Vara do Trabalho de Bandeirantes, Dr. Amaury, Laércio, Mariana, Rafael, Elias, Eugênio, Karina, Luiz Gustavo, Vivian, Stocco, Cássia e Ruth, pelo aprendizado e pela acolhida;

Aos amigos de mestrado, Luciano, Willian, Diego Nassif e Rodrigo Artero, pelo exemplo da luta e dedicação;

À Natalina, pelo caráter, profissionalismo e competência;

Ao corpo docente, pela partilha de valiosos ensinamentos;

Ao Estado Brasileiro, que, desde o primário até a pós-graduação, me proporcionou uma educação republicana e de qualidade;

À Faculdade de Direito do Norte Pioneiro, pelo orgulho de ali ter estudado;

À CAPES, pelo papel insubstituível que exerce na formação intelectual dos brasileiros;

À professora e orientadora, Hildegard Taggesell Giotri, pela serenidade, sabedoria, paciência, rigor científico e, acima de tudo, privilégio de ser seu orientando, requisitos sem os quais este trabalho sequer teria começado;

Ao Professor Vladimir Brega Filho, pela seriedade e senso de justiça.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes proezas do homem foram conquistadas do que parecia impossível”.

Charles Spencer Chaplin – cineasta britânico

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

SILVA, Marcos Antônio da. Igualdade, justiça e democracia: os aspectos deontológicos das ações afirmativas no sistema constitucional brasileiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR.

RESUMO

A análise dos aspectos deontológicos das ações afirmativas, em consonância com os ditames constitucionais, tendo em vista a efetivação dos ideais de justiça e a promoção do princípio da igualdade em uma sociedade pluralista, é o objeto de estudo do presente trabalho, na medida em que se tornou um dos temas mais recorrentes do constitucionalismo contemporâneo e que interessa aos agentes políticos do Estado e a todos os componentes da sociedade. Dessa forma, além de explorar os fundamentos jurídico-constitucionais do ponto de vista doutrinário e dogmático, bem como os fundamentos de índole sociológica, antropológica e filosófica, o texto também procura abordar o marco teórico que transforma o princípio da igualdade em uma obrigação, não só jurídica, mas também ética da Constituição e de todo o ordenamento jurídico erigido sobre os postulados do Estado Democrático e Social de Direito, por conta principalmente do reconhecimento axiológico da dignidade da pessoa humana, que passou a figurar no centro de todo o sistema jurídico avançado, cuja mudança de paradigma institucional ganhou força após os incidentes contra os direitos humanos ocorridos na Segunda Guerra Mundial e o crescente pluralismo social desencadeado a partir da década de 1950 no mundo ocidental. Com efeito, a constante adoção de políticas públicas de ações afirmativas, no ambiente democrático, representa a evolução do papel do Estado no atendimento das demandas sociais e econômicas, ou seja, além de garantir as liberdades públicas, que remetem aos direitos fundamentais de primeira dimensão, assim como os direitos sociais, de caráter universalista, que reportam aos de segunda dimensão, o Estado agora deve se incumbir de promover políticas públicas voltadas à satisfação das necessidades básicas de grupos minoritários que, por conta do crescimento agudo das desigualdades produzidas pelo atual estágio do capitalismo globalizado, se veem à margem do processo de produção e consumo de bens e serviços vitais à manutenção de uma vida digna. Enfim, a intervenção do Estado, na atual quadra, deve ocorrer como uma precisão cirúrgica, é dizer, de maneira pontual, por meio de ações afirmativas, na correção das desigualdades, sem, porém, agredir as diferenças inatas e as identidades que caracterizam estes grupos.

Palavras-chave: Princípio constitucional da igualdade. Acepções filosóficas de justiça. Democracia, ações afirmativas e direitos das minorias. Pluralismo e direito à diferença.

Silva, Marcos Antônio da. Equality, justice and democracy: the ethical aspects of affirmative action in Brazilian constitutional system. 2012. Dissertation (Master in Juridical Science) - Centre for Applied Social Sciences. Northern Parana State University Law School (UENP), Jacarezinho – PR.

ABSTRACT

The analysis of the ethical aspects of affirmative action, in line with the constitutional dictates, in view of the realisation of the ideals of justice and the promotion of the principle of equality in a pluralistic society, is the object of study of this work, since it became one of the most recurrent themes of the contemporary constitutionalism and the value of the state political agents and all components of society. Therefore, besides exploring the legal and constitutional fundamentals from a doctrinal and dogmatic point of view, as well as the fundamentals of nature sociological, anthropological and philosophical, the text also seeks to address the theoretical framework that transforms the principle of equality in an obligation, not only legal but also ethical Constitution and the entire legal system built on the tenets of the Democratic and Social State of Law, mainly due to the recognition of axiological human dignity, which began to appear in the centre of the whole legal system enhanced whose institutional paradigm shift gained momentum after the incidents of human rights occurred in the Second World War and the growing social pluralism triggered from the 1950s in the Western world. Indeed, the constant adoption of affirmative action public policies in a democratic environment, represents the evolution of the state's role in meeting the economic and social demands, in other words, besides guaranteeing civil liberties, fundamental rights that refer to the first dimension as well as social rights, reporting to the second dimension, the State should now take charge to promote public policies aimed towards meeting the basic needs of minority groups who, due to the sharp increase in inequalities produced by the current stage of globalise capitalism, find themselves outside the process of production and consumption of goods and services vital to maintaining a dignified life. Finally, the state's role in present days, is configured with surgical precision, in other words, in a precise manner, through affirmative action, correcting inequalities, but without harming the innate differences and identities that characterise these groups.

Keywords: Constitutional principle of equality. Philosophical meanings of justice. Democracy, affirmative action and minority rights. Pluralism and the right to difference.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 01. A PERTINÊNCIA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COM AS TEORIAS DA JUSTIÇA: ORDEM, IGUALDADE E LIBERDADE.....	18
1.1. O que é justiça?.....	20
1.2 Justiça como ordem.....	22
1.2.1 Thomas Hobbes e John Locke.....	26
1.2.2 Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau.....	27
1.2.3 Thomas Hobbes e Montesquieu.....	28
1.2.4 Quadro comparativo.....	29
1.3 Justiça como igualdade.....	30
1.3.1 O pensamento clássico da Antiguidade: os gregos e os romanos.....	31
1.3.2 A Idade Média: a patrística e a escolástica.....	34
1.3.3 Hannah Arendt.....	36
1.3.4 Chaïm Perelman e a igualdade formal.....	38
1.4 Justiça como liberdade.....	39
1.4.1 A contribuição de Immanuel Kant.....	42
1.5 Enfim, o que é justiça?.....	48
1.6 A concepção de justiça em face das ações afirmativas.....	49
CAPÍTULO 02. JUSTIÇA VERSUS DEMOCRACIA: ENTRE A LEGITIMIDADE E A EFETIVIDADE.....	62
2.1 Democracia, pluralismo e minorias.....	62
2.2 Justiça e desafios democráticos em face das minorias.....	74
CAPÍTULO 03. A NECESSIDADE, A IMPORTÂNCIA E A OBRIGAÇÃO DE SE EFETIVAREM POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALDADE POR MEIO DE DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS.....	84
3.1 Ações afirmativas, pós-modernidade e pluralismo.....	87
3.2 A evolução e a morfologia do Estado e do Direito em face das ações de políticas públicas voltadas à promoção da igualdade.....	100
3.3 A igualdade.....	102
3.3.1 A igualdade formal.....	104
3.3.2 A igualdade material.....	105
3.3.3 A igualdade como reconhecimento.....	107
3.3.4 A equidade.....	109
3.4 A teoria e os fundamentos constitucionais das ações afirmativas.....	110
3.4.1 Conceito de ações afirmativas.....	110
3.4.2 Os fundamentos constitucionais das ações afirmativas.....	114
3.5 A fraternidade e a solidariedade em face das ações afirmativas.....	116
CAPÍTULO 04. CONSTITUIÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM UMA SOCIEDADE PLURALISTA.....	120
4.1 Constitucionalismo, igualdade e ações afirmativas.....	122
4.2 O princípio da igualdade e o reconhecimento pelo constitucionalismo.....	124
4.3 Ações afirmativas e seu fundamento jurídico-constitucional: uma leitura dos meios necessários à realização de políticas públicas na promoção da igualdade.....	131

4.4 Ações afirmativas e o direito fundamental de igualdade.....	145
4.4.1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e ações afirmativas	152
4.4.2 Teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	153
4.4.3 Teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas.....	154
4.4.4 Teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais às relações privadas.....	156
4.4.5 Conclusões sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua relação com as ações afirmativas.....	158
CAPÍTULO 05. O DEBATE E AS NOVAS PERSPECTIVAS ACERCA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL.....	163
5.1 A contribuição de Ronald Dworkin para a efetivação das políticas públicas de ações afirmativas no contexto brasileiro.....	178
5.2 O posicionamento jurisprudencial do STF: a recente decisão na ADPF n.º 186	183
5.2.1 Igualdade formal <i>versus</i> material.....	184
5.2.2 Justiça Distributiva.....	185
5.2.3 Política de ação afirmativa.....	185
5.2.4 Critérios para ingresso no ensino superior.....	186
5.2.5 Adoção do critério étnico-racial.....	187
5.2.6 Consciência étnico-racial como fator de exclusão.....	188
5.2.7 O papel integrador da Universidade.....	190
5.2.8 As ações afirmativas nos Estados Unidos da América.....	192
5.2.9 Hetero e autoidentificação.....	193
5.2.10 Reserva de vagas ou estabelecimento de cotas.....	193
5.2.11 Transitoriedade das políticas de ação afirmativa.....	194
5.2.12 Proporcionalidade entre meios e fins.....	195
5.2.12 Conclusões a respeito da decisão proferida na ADPF n.º 186 pelo STF.....	196
CONCLUSÃO.....	197
REFERÊNCIAS.....	204

INTRODUÇÃO

O aprofundamento analítico das questões que envolvem as políticas públicas de ações afirmativas, sobretudo em relação à vertente mais polêmica, a saber, ao sistema de cotas raciais nas universidades públicas e nos meios de acesso aos cargos e empregos públicos, reporta o estudioso do Direito, inexoravelmente, a outros debates, não só de ordem dogmática, ou jurídico-constitucional, mas também a conceitos que põem ainda em discussão a democracia, a legitimidade, a justiça, a igualdade, a cidadania, a fraternidade, a tolerância e os direitos das minorias.

Os ideais democráticos, obviamente, sofreram variações no decorrer do processo histórico, razão pela qual se deve indagar se ainda se confunde com a vontade da maioria em detrimento das reivindicações justas das minorias e, sob este aspecto, indagar também se as ações afirmativas, de uma forma geral, e o sistema de cotas raciais, de um modo específico, ferem os princípios da democracia plena ou, ao contrário, se representam a manifestação mais atual do processo democrático, tendo em vista os novos paradigmas inaugurados pela pós-modernidade.

Por outro lado, pode-se afirmar que a implantação das políticas públicas e também iniciativas particulares fomentadas pelo poder político estatal possui legitimidade político-institucional no movimento de justificação perante as mais diversas categorias sociais que, a todo tempo, questionam e põem em xeque a postura do Estado em favor das minorias, sempre lembrando, neste particular, que a legitimidade das ações perpetradas não se confunde com a justiça dessas ações, na medida em que um ato pode ser legítimo, todavia pode desencadear consequências injustas a grupos de indivíduos deixados de lado pela adoção de medidas igualitárias. Neste ponto, a legitimidade mantém afinidade com a representatividade popular dos agentes do poder, encarregados de propor, discutir e editar os dispositivos que regerão os conflitos intersubjetivos imanentes ao convívio social.

Diante desse propósito, é fundamental que se busque também realizar o valor máximo do Direito, perseguido desde a Antiguidade Clássica, e imprescindível à manutenção da paz social, é dizer, a justiça, não na condição de

uma mera utopia, mas na condição de exercício de toda a atividade jurídica tendente à solução de conflitos no seio da sociedade.

É de bom alvitre também revisitar e abordar sempre o complexo assunto da igualdade, não sob o seu aspecto formal, insuficiente a dar respostas eficazes às demandas da sociedade contemporânea, mas a sua face material e de reconhecimento, que se traduz em um constante movimento de construção e desconstrução – e não destruição – de conceitos e práticas tendentes à efetivação de ações políticas destinadas à melhora de vida de grupos minoritários e que sempre estiveram à margem do processo político das decisões centrais das comunidades políticas e do processo produtivo e econômico em que são distribuídos os bens da vida.

Com a participação política intensa, seja diretamente, seja por meio de representantes, no contexto democrático, exsurge a cidadania plena, que se encerra, em essência, na parêmia segundo a qual é o direito a ter direitos, ou seja, o reconhecimento da cidadania não se resume simplesmente ao fato político-eleitoral, de apenas cumprir o direito-dever do voto em certos períodos previstos na legislação, mas também de reivindicar, participar, influenciar, refletir, expor ideias e contestações, exigir respostas e ações, ter acesso às instituições que garantam as liberdades públicas. Enfim, a cidadania, a exemplo da democracia, é processo constante de construção e de conquista de valores, o que, invariavelmente, implica expansão e ampliação de direitos e de deveres. Desta forma, as ações afirmativas são de suma importância para a conquista plena da cidadania, ou seja, naquela acepção já referenciada de “direito a ter direitos” e de exercê-los para o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade.

Nestes duzentos anos em que presenciamos a influência dos ideais da Revolução Francesa, cuja manifestação e necessidade no âmbito constitucional são inegáveis, a fraternidade talvez seja o postulado que tenha sido deixado de lado com mais frequência, tendo em vista o amplo espectro que a liberdade e a igualdade assumiram no campo político e econômico. Outrossim, o momento atual exige que ela venha agora a ocupar o espaço que sempre lhe foi negado, razão pela qual o ordenamento jurídico deverá, então, ser permeado também com o reconhecimento e a efetivação das tendências voltadas à fraternidade e à solidariedade,

principalmente no que tange à interiorização das normas relativas aos direitos humanos, contexto no qual ambas são mais fortemente detectadas.

Com o advento da fragmentariedade, a pluralidade e a diversidade sociais, o senso de justiça, conforme já preconizara Hans Kelsen, se fundamenta na tolerância, na medida em que se reconhece no outro a humanidade das ações políticas, econômicas, sociais e culturais, momento em que a dignidade da pessoa humana deve ser erigida a *totem* de todo o sistema jurídico na defesa dos valores éticos mínimos de convivência entre as pessoas. Neste particular, o direito à diferença ganha *status* constitucional, pois garante ao indivíduo o respeito aos mesmos direitos e prerrogativas assegurados à famigerada maioria, de modo que tal fenômeno, em última análise, representa a manifestação do ideal de solidariedade preconizado pelo texto constitucional.

O reconhecimento da condição de hipossuficiente é exercício constante e indispensável para afirmação de certos direitos em favor das minorias e dos grupos vulneráveis. As longas e profundas discussões acerca da implementação das ações afirmativas, melhor dizendo, de políticas públicas destinadas a promover a igualdade em favor dos grupos sociais reconhecidamente discriminados para os quais certos bens produzidos pela sociedade não chegam de maneira satisfatória, necessitam de fundamentos constitucionais que conduzam os poderes públicos e a sociedade ao processo de assimilação e aperfeiçoamento dessas ações.

Nesta direção, alguns avanços podem ser perfeitamente notados, conquanto ainda muito precise ser revisto e acrescentado, sobretudo na seara que envolve a proteção dos direitos dos negros, deficientes, mulheres, crianças, indígenas e homossexuais, cujo reconhecimento tem reflexos na vida política e social do país, pois não se referem tão-somente à consideração que se deve para com a cidadania, mas, acima de tudo, ao respeito à Constituição Federal.

A proposta de estudo ora apresentada engloba vários conceitos, cujo alcance não se restringe ao âmbito jurídico, mas também se aventura nos campos sociológico, filosófico, econômico e político, o que, *de per si*, vai de encontro à teoria preconizada por Hans Kelsen, desde o início do século XX, segundo a qual o objeto da Ciência do Direito deveria se ater unicamente à norma posta,

desvencilhando-a de toda e qualquer influência dos demais ramos das ciências sociais. A interdisciplinaridade é a tônica para a qual deve despertar o estudioso do Direito.

Nesta linha de raciocínio, a tese de Kelsen corresponde à boa parte da ideologia positivista, que dominou a Europa Ocidental e, extensivamente, a América Latina, por longo período na Era Industrial, pois pode-se dizer que existem “vários positivismos”. O ideário positivista, conforme sabemos, tem por fundamento a filosofia liberal-burguesa, que por sua vez tem suas raízes na Revolução Francesa e, juridicamente falando, no Código Napoleônico, cujo princípio fundamental se resume, grosso modo, na total obediência aos termos da lei, sendo esta a representação da vontade geral.

As questões a serem abertas destinam-se a abrir uma reflexão sobre os fundamentos constitucionais das ações afirmativas e sobre a obrigatoriedade de o Estado Social e Democrático de Direito, a todo instante, adotar políticas públicas cujo escopo seja a promoção da igualdade, no sentido de, se não eliminar, ao menos diminuir as desigualdades geradas pelo processo histórico-cultural, a fim de realizar o fim último do Direito, a saber, a justiça.

A propósito, no tocante ao valor justiça, assim como à verdade para as ciências, até o presente estágio, várias teses, teorias e doutrinas foram desenvolvidas pelas mentes mais iluminadas, não só no que diz respeito aos estudiosos do Direito, de um modo particular, mas também aos filósofos, de um modo genérico: de Platão a Tomás de Aquino; de Aristóteles a Hobbes e Kant; de Cícero, Paulo e Ulpiano a Kelsen, Reale e Bobbio, de sorte que eles se debruçaram sobre o tema na tentativa de chegar a uma definição acerca do aspecto ontológico do Direito e da Justiça, elemento imprescindível para qualquer grupamento humano que se denomina “sociedade”.

Sob tal perspectiva, o presente estudo será dividido em cinco capítulos, sendo que no primeiro deles a proposta se voltará para o estabelecimento de um liame entre as teorias da justiça e as políticas públicas de ações afirmativas, a fim de embasá-los sob o ponto de vista filosófico e humanista, até porque ao implemento das discriminações positivas se contrapõem questões que atingem

valores relativos à ordem social, à igualdade e à liberdade, enfim, à própria noção de justiça.

Democracia e direitos das minorias também são realidades que, em certa medida, são antagônicas, já que os interesses majoritários, invariavelmente, sufocam e obnubilam as reivindicações das classes sociais marginalizadas, o que se tornou evidente com o aprofundamento do processo capitalista na economia globalizada e com o advento da fragmentariedade pós-moderna. Nesta senda, o segundo capítulo abordará os principais aspectos do convívio democrático tendo em vista as novas demandas colocadas à mesa pelos movimentos considerados minoritários da sociedade contemporânea, de modo que as ações afirmativas, com a chancela do Poder Judiciário, cujo papel é imprescindível neste período histórico, se constituem em instrumentos pertinentes no desenvolvimento desse processo de conciliação entre os interesses da maioria e as reivindicações das minorias.

A igualdade sempre foi uma preocupação constante da humanidade desde a Antiguidade Clássica, haja vista que o seu conceito, invariavelmente, esteve ligado ao de justiça, na medida em que as sociedades nas quais se nota um nível avançado de igualdade entre os indivíduos, como ocorre nos países nórdicos, são consideradas como as mais justas em relação àquelas em que a igualdade não é tão cultivada e prezada pelos seus componentes. Dessa forma, delinear a evolução pela qual passou o valor da igualdade ao longo da História, seja sob o vertente formal, material, como equidade ou como consideração, e realçar-lhe o papel para a fundação e refundação das instituições jurídicas, entre elas as políticas públicas de ações afirmativas, sem se esquecer da justificação da presença do Estado na vida das pessoas na condição de ente promovedor da igualdade, são os objetivos aos quais visa o terceiro capítulo do tema proposto, o que, em última análise, revela a obrigatoriedade e a necessidade das discriminações positivas, cujo fundamento é oriundo dos princípios constitucionais das sociedades políticas ocidentais mais desenvolvidas. Ademais, imperioso trazer à tona alguns conceitos de ações afirmativas propostos por alguns estudiosos da área, o que servirá de esclarecimento sobre certos aspectos que envolvem a aplicação prática dessas políticas públicas, legitimando-lhes, assim, a efetivação no ambiente social. Por fim, a pertinente menção à solidariedade e à fraternidade tem importância ímpar no

desencadeamento do debate sobre as discriminações positivas em favor das minorias e dos grupos vulneráveis, sendo que a análise de ambas, no contexto deste estudo, merece atenção e reflexão. Eis, portanto, o teor do debate no capítulo terceiro da presente Dissertação.

O cerne do quarto capítulo remeterá ao cotejamento entre a horizontalidade dos direitos fundamentais e a adoção e a implementação das ações afirmativas no contexto do Direito Constitucional contemporâneo, de forma que serão discutidos temas relativos ao constitucionalismo, à igualdade na condição de direito fundamental e ações afirmativas como instrumento inseparável do ideal de isonomia. Ou seja, a discussão a ser desenrolada diz respeito, acima de tudo, à efetividade das normas constitucionais, sendo que a igualdade substancial, na condição de um princípio relevante para este contexto, encontra um aliado importante para a sua promoção, justamente, na implantação de políticas públicas de ações afirmativas.

A polêmica sobre o sistema de cotas raciais para os negros, a exemplo do modelo norte-americano, à luz do magistério de Ronald Dworkin e da novel decisão unânime proferida pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação da ADPF n.º 186, destacando-lhe os pontos fundamentais, principalmente o voto-condutor da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, será analisada, em detalhes, no capítulo quinto, a fim de reforçar a base teórica desse sistema tão criticado desde que começou a ser implantado no Brasil.

Eis, portanto, os delineamentos por meio dos quais percorrerá todo o esforço argumentativo em favor da legitimidade jurídico-política das discriminações positivas voltadas a atender às necessidades prementes das minorias e dos grupos vulneráveis, notadamente os negros ou afrodescendentes brasileiros, na busca constante e incansável da igualdade material e da igualdade como consideração entre os mais diversos integrantes da nossa sociedade.

CAPÍTULO 01

A PERTINÊNCIA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COM AS TEORIAS DA JUSTIÇA: ORDEM, IGUALDADE E LIBERDADE

"A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça em todo lugar".

Martin Luther King

Questionar acerca do que seja justiça e sua relação com o instituto das ações afirmativas têm fortes ligações de ordem lógica e axiológica, na medida em que a igualdade substancial é o objetivo a que elas se direcionam, sendo certo que a supressão ou a redução das desigualdades revelam um ato de efetivação desse valor supremo do Direito, a justiça.

O debate envolvendo a questão da justiça sempre estimulou o pensamento humano. Desde a Antiguidade, os gregos se preocupavam com o comportamento humano direcionado à prática das virtudes. Aristóteles, em síntese, aprofunda o raciocínio acerca da natureza humana sob duas vertentes.

A primeira, subjetiva, introspectiva e individual, é objeto de sua obra *Ética a Nicômaco*, na qual o autor considera o ser humano na sua condição racional, ou seja, *animal racional ou animal que se guia pela reta norma da razão* (PEGORARO, 1995, p. 29); e a segunda, objetiva, extrospectiva e sociológica, é tratada na obra *A Política*, em que analisa o homem como *ser político, como animal político* (politikon zoom), *que só atinge a realização de sua natureza na comunidade, ponderando que ninguém é virtuoso e feliz solitariamente* (PEGORARO, 1995, p. 29).

Assim, a junção dessas duas vertentes humanas, subjetiva e objetiva, ou seja, a racionalização das paixões e a ação ou prática virtuosa na *polis* faz o homem atingir a plenitude, que é a busca da felicidade, cuja essência se consubstancia na excelência da alma e não do corpo, eis que a satisfação das tendências meramente materiais, a exemplo do egoísmo, da inveja, do ciúme e do ódio, é incompatível com a realização da justiça: a alma deve prevalecer sobre o

corpo; a forma, sobre a matéria; a razão, sobre as paixões, de maneira que tais atributos pessoais reflitam no âmbito comunitário:

Por tudo isso, fica claro que a existência humana se inscreve num plano global e harmonioso. Mas a realização do plano é desafio nada fácil, pois a natureza humana encerra em sua estrutura ontológica o conflito da forma, que luta para subordinar a matéria, e da razão, que tenta comandar as paixões, desejos e sentimentos. [...] Sabemos que estas teses são controvertidas por causa das várias leituras e diferentes compreensões possíveis de muitas passagens da *Ética*. Mas duas afirmações são inequívocas: a) a hierarquia e a subordinação das tendências humanas e b) a finalidade última da existência consiste numa atividade da alma racional. [...] Portanto, fica claro que a comunidade política é um ser natural ou “um fato da natureza”, no qual as comunidades naturais anteriores encontram sua realização, sua causa final. [...] Portanto, os sentimentos sociais elevados e a prática das virtudes, colocados em comum, geram a *Polis* (PEGORARO, 1995, p. 25, 26, 29 e 31).

Para o ser humano e para a sociedade, a vida feliz, na concepção aristotélica, diz respeito à prática da virtude e ao gozo de suficiente quantidade de bens externos, visto que é impossível, ou pelo menos muito difícil, praticar o bem quando se está desprovido de recursos materiais.

Nesse sentido, poderíamos cotejar as reflexões aristotélicas acerca da justiça, da virtude e da ética, no plano das ações práticas do convívio social (*praxis*), com a implantação ampla das ações afirmativas, haja vista que elas traduzem a primazia do altruísmo em face do egoísmo, da partilha em face da ganância, da fraternidade em face da discórdia, da tolerância em face da intolerância, do amor ao próximo em face do ódio, da paz em face da guerra, da solidariedade em face da indiferença. Enfim, a elevação sublime da alma humana em face dos sentimentos humanos mais vis.

Justiça, para Aristóteles, é a virtude suprema, vale dizer, é a reunião, a síntese e a consolidação das práticas de todos os outros meios-terminos das demais virtudes, individual e coletivamente consideradas: a coragem, a temperança, a liberalidade, a magnanimidade, a veracidade, o acolhimento e a modéstia. No conjunto das espécies, *somente o homem exprime os sentimentos do bem e do mal, do justo e do injusto e das noções morais; a comunhão (Koinonia) destes sentimentos gera a família e a Pólis* (ARISTÓTELES, 2011, p. 22). Dessa reflexão, nasce o seguinte provérbio: *a justiça encerra toda a virtude*. Assim, o homem mais perfeito não é aquele que exerce a virtude somente para si mesmo, mas a prática

também em relação aos outros e, tal fato, convenhamos, é uma tarefa difícil de se realizar. Em resumo, a justiça é a virtude total, na medida em que determina a observância das leis e a reverência à igualdade entre os cidadãos. Entretanto, a justiça legal de Aristóteles não significa um apego cego à letra fria da lei, um positivismo acrítico. Pelo contrário, de nada adiantaria uma lei justa sem cidadãos virtuosos, ou seja, na ética aristotélica conta mais o cidadão formado nas virtudes e, especialmente, na justiça, do que a lei com suas prescrições objetivas.

1.1. O que é justiça?

A perplexidade que se extrai desse enunciado dá o título a uma das inúmeras obras de Hans Kelsen, o que, em última análise, representa bem a angústia da humanidade diante, talvez, de um seus maiores desafios: desvendar o significado, o alcance e o conteúdo de uma condição necessária, mas nunca suficiente da relação entre os homens, povos e nações.

Sem nunca ter a pretensão de encontrar uma resposta de caráter absoluto e definitivo, e sim respostas, o objetivo das considerações seguintes é demonstrar, ao menos, as múltiplas faces que envolvem a noção de justiça, com o intuito de visualizar os elementos que remontam a um ideal, de forma que se possa estabelecer um liame com a necessidade de se fundamentarem as exigências de implementação de políticas públicas, visando alcançar o máximo de igualdade substancial, o que revela a intenção inequívoca de implantar um modelo de justiça prática no conjunto social.

Dessa forma, as teorias desenvolvidas e articuladas por pensadores das mais diversas vertentes filosóficas expressam a magnitude com que o tema de tão relevante importância é abordado no decorrer de toda a História da humanidade. Desde os clássicos da Antiguidade, passando pelos escolásticos e pelos patrísticos da Idade Média e pelos Iluministas da Idade Moderna, até os nossos pensadores contemporâneos, a questão do justo sempre inquietou o homem à procura da natureza utópica desse objetivo.

Com efeito, este trecho da presente pesquisa, que trata da justiça a partir de três perspectivas, rende homenagem, em muito, à obra do jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, denominada *Direito e Estado no pensamento de Immanuel*

Kant, que decodifica as complexas reflexões kantianas acerca da ética, da moral, da justiça, do Estado e do Direito, trazendo, além disso, contribuições de outros filósofos que se dedicaram a analisar esses assuntos.

A princípio, será efetuada uma análise detida da justiça como ordem, priorizando, neste particular, as ponderações levadas a efeito pela filosofia de Thomas Hobbes, mais precisamente na obra *Leviatã*, na qual preconiza, grosso modo, a ordem como sendo o manifesto da realização da justiça, ou seja, garantidos a ordem social, a vida, a segurança e a propriedade dos indivíduos, chega-se à justiça.

Após, serão suscitadas as reflexões feitas por uma gama maior, ampla e aprofundada, de pensadores e de escolas filosóficas, a fim de apresentar os principais aspectos da justiça, agora sob a concepção da igualdade, entre os quais Platão, Aristóteles, os estoicos, Rousseau, Santo Agostinho, Hannah Arendt e Chaïm Perelman, o que nos faz considerar, forçosamente, que justiça e igualdade, invariavelmente, caminham lado a lado, razão pela qual se encontram, neste particular, o ponto de intersecção e de relação lógica entre as teorias da justiça e as ações afirmativas, demonstrando, assim, a necessidade de aprofundar a pesquisa neste quesito.

Destarte, a dedicação e o empenho de decifrar alguns pontos essenciais da justiça são tarefas, *de per sí*, muito complexas, exigindo profundo rigor científico do estudioso, porém a perseguição desse ideal nunca deixará de ser atual e imprescindível ao estudo das relações jurídicas, haja vista que o Direito, enquanto produto social, é instrumento – talvez o mais importante –, e não um fim em si mesmo, para uma melhor concretização da justiça, no reiterado desafio de preservar a paz social e a boa convivência humana, o que remete, novamente, aos três valores já preconizados na Antiguidade: o bom, o belo e o justo.

O papel do Direito é ser instrumento de transformação social para o resgate de direitos ainda hoje não realizados. Cabe, pois, inevitavelmente, estabelecermos o caminho da reconstrução dos direitos fundamentais traçado pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito (CRUZ, 2009, p. 13).

Por fim, já se concentrando mais especificamente nos ensinamentos de Immanuel Kant, depara-se a justiça com o enfoque da liberdade: o livre arbítrio

concedido por Deus revela a natureza libertária do homem e tal atributo deve ser protegido, desde que seja também respeitada a liberdade alheia, sendo que, neste aspecto, o Direito surge para regular estes campos de liberdades entre as pessoas, de modo que tal circunstância é o que configura a plena realização da justiça.

1.2 Justiça como ordem

De início, convém ressaltar que a melhor e a mais coerente expressão do Estado absoluto tem no pensamento político de Thomas Hobbes sua expressão máxima, servindo-lhe de paradigma. Sucintamente, encontra-se na obra de Hobbes o entendimento segundo o qual a única fonte do Direito é a vontade do soberano, de modo que a Igreja não constituiria, pois, um poder de caráter estatal, porque seu ordenamento jurídico não se identifica com essa concepção.

Salienta, ainda, que, nas relações dos Estados entre si, a saber, na seara do Direito Internacional, não existe nenhum poder superior ao dos Estados singulares e o que prevalece entre eles, portanto, é o estado da natureza, vale dizer, o estado em que não existe outro direito a não ser o do mais forte. Por fim, sustenta a tese de que os ordenamentos jurídicos inferiores ao Estado adquirem relevância jurídica somente por meio do reconhecimento conferido a eles pelo soberano, motivo pelo qual não podem ser considerados ordenamentos originários e nem autônomos.

Thomas Hobbes, nos dois clássicos de sua autoria, *Leviatã* e *De Cive*, assevera que a justiça, na condição de valor perpétuo a ser sempre ambicionado pelo homem, é representada ou é consolidada pela realização plena da segurança, da vida e da propriedade.

Nesta medida, após o estado de natureza, quando os homens renunciam à sua liberdade em prol do soberano, a fim de que este lhes garanta a segurança física e a propriedade privada, Hobbes preconiza que o valor justiça se concretiza pela consecução da ordem.

Ressalta ele que, vivendo no caos e na anarquia do estado natural, nem o mais forte e sábio dos homens tem a garantia à integridade física e patrimonial, de modo que, ao abrir mão da liberdade, saindo do estado de guerra

constante, para o de paz e de segurança, ao atingir certo estágio de ordem, pode-se dizer que a justiça foi realizada (HOBBS, 2002, p. 102).

Desta lei fundamental da natureza, que ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: que um homem concorde, conjuntamente com outros, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo.

A garantia dessa segurança é feita pelo poder soberano a cuja constituição todos os homens concorrem pela renúncia das liberdades individuais. Este poder soberano, em última análise, é o fiador da estabilidade e da ordem sociais:

Ao se fazer um pacto em que ninguém cumpre imediatamente sua parte e uns confiam nos outros, na condição de simples natureza que é uma condição de guerra de todos os homens contra todos os homens, a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto. Se houver, entretanto, um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor seu cumprimento, ele não é nulo (HOBBS, 2002, p. 102).

A noção de justiça em Hobbes remete à ideia de pacto, que tem o significado de lei natural e retira o homem do constante estado de guerra e insegurança. Desta forma, qualquer ato que procure romper este pacto é tido por injusto: a definição de injustiça é o não cumprimento desse pacto (HOBBS, 2002, p. 111).

Outrossim, para que as palavras *justo* e *injusto* possam ter sentido, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos pactos, mediante o medo de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de fortalecer aquela propriedade que os homens adquirem por contrato de mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram.

[...] Onde não há, portanto, a propriedade, não pode haver injustiça. Onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há o Estado, não há propriedade, já que todos os homens têm direito a todas as coisas. Onde não há o Estado, entende-se, nada pode ser injusto (HOBBS, 2002, p. 111).

Assim sendo, o fragmento acima referido espousa a concepção segundo a qual a justiça, o justo e a equidade estão compreendidos em tudo aquilo que as teorias afirmam que a ordem do soberano é, enquanto tal, justa.

Na verdade, trata-se de teorias extremas do absolutismo. Compreende-se que, se a ordem do soberano é, por definição, justa, o súdito não tem outro caminho a não ser o de prestar-lhe obediência incondicional, sem discussões, questionamentos ou resistências. Esta doutrina é, deveras, arrimada em Hobbes. Ele afirma que, no estado de natureza, em que cada um tem direito sobre cada coisa, não é possível distinguir o justo do injusto. A distinção somente é possível quando for instituído um estado civil, ou seja, na ocasião em que a multidão de homens isolados se submete, voluntariamente, ao poder do soberano. Uma vez instituído o poder soberano, no caso, o Estado, existe um critério para distinguir o justo do injusto. O critério é o que se segue: é justo aquilo que o soberano manda; é injusto aquilo que ele proíbe.

Conclui-se, pois, que a justiça, isto é, a total observância dos pactos, é o que está de acordo com a razão: proibem-se fazer todas as coisas que destroem a vida de cada um; tal fato, por conseguinte, seria uma lei da natureza. Daí segue que a ordem do soberano é justa por definição. É justa pelo único motivo de ser ordem de quem possui o poder supremo. Ao súdito, que renunciou voluntariamente a todos os direitos naturais que lhes são próprios para atribuí-los ao soberano, não cabe a discricionariedade de julgar as ordens dele. Ele deve aceitá-las como justas, e, portanto, é obrigado a submeter-se a elas, sem qualquer tipo de contestação.

Paradoxalmente, a teoria democrática extrema coincide, no que diz respeito à obediência do cidadão, com a teoria extrema do absolutismo. O que as diferencia, entretanto, é o comando heterônomo no absolutismo e o autônomo no democrático.

Percebe-se, naturalmente, que a afirmação dos limites do poder estatal, sejam eles constituídos pelas leis divinas ou pelas leis humanas, coincide com a representação da tirania como o poder que exorbita dos limites. Coerente com as suas premissas, Hobbes, pelo contrário, não aceitando limites para o poder

estatal, tampouco admite a figura do tirano, ligada estritamente à doutrina dos limites do poder estatal.

Para uma reflexão sobre o tema, na obra *The Commonwealth of Oceana*, James Harrington (2012, p. 06) preconiza que o poder segue a natureza da propriedade. Uma distinção intrínseca entre as formas de governo baseia-se nos diversos modos de distribuição de terra, ou seja, distribuição do poder econômico, de modo que, mudando o regime econômico, mudar-se-ia também o político.

Empire is of two kinds, domestic and national, or foreign and provincial. Domestic empire is founded upon dominion. Dominion is property, real or personal; that is to say, in lands, or in money and goods. Lands, or the parts and parcels of a territory, are held by the proprietor or proprietors, lord or lords of it, in some proportion; and such (except it be in a city that has little or no land, and whose revenue is in trade) as is the proportion or balance of dominion or property in land, such is the nature of the empire. If one man be sole landlord of a territory, or overbalance the people, for example, three parts in four, he is grand seignior; for so the Turk is called from his property, and his empire is absolute monarchy. If the few or a nobility, or a nobility with the clergy, be landlords, or overbalance the people to the like proportion, it makes the Gothic balance (to be shown at large in the second part of this discourse), and the empire is mixed monarchy, as that of Spain, Poland, and late of Oceana. And if the whole people be landlords, or hold the lands so divided among them that no one man, or number of men, within the compass of the few or aristocracy, overbalance them, the empire (without the interposition of force) is a commonwealth¹.

E se um regime político perdurar, não obstante a mudança do regime de propriedade, se tornará um regime corrupto: da monarquia à tirania, da aristocracia à oligarquia, da democracia à demagogia, conforme nos ensina Aristóteles.

Por outro lado, os teóricos do Estado liberal ou constitucional têm por característica a concepção liberal ou constitucional do limite do poder estatal e

¹ Os Impérios são de dois tipos: domésticos ou nacionais e estrangeiros ou provincianos. O Império doméstico funda-se sobre o domínio. Domínio é a propriedade, real ou pessoal, ou seja, em terras ou em dinheiro e bens. As terras, ou as partes e as parcelas de um território, são mantidas pelo titular ou pelos proprietários, senhor ou senhores, em alguma proporção delas. Assim (a não ser em uma cidade que tem pouca ou nenhuma terra, e cuja receita está no comércio), na mesma proporção ou equilíbrio de domínio ou propriedade da terra, tal é a natureza do império. Se um homem for o único proprietário de um território, ou subjugar as pessoas, por exemplo, três partes de quatro, ele é grande senhor feudal, porque assim o turco é chamado em sua propriedade, e seu império é monarquia absoluta. Se os poucos de uma nobreza, ou uma nobreza com o clero, forem os proprietários, e subjugar as pessoas na mesma proporção de três para quatro, ela cria um balanço Gothic (para ser mostrado em geral na segunda parte deste discurso), e o império é monarquia mista, como a da Espanha, Polônia e a tardia Oceana. E se todo o povo for proprietário, ou mantenha as terras tão bem divididas entre todos os homens, ou o certo número considerável de homens, dentro do compasso de poucos ou da aristocracia subjulgada, o império (sem a interposição de força) é uma comunidade.

da atuação dos remédios heroicos contra a possibilidade de o Poder abusar das próprias prerrogativas soberanas. Não são teóricos democráticos, entretanto, pois viam a participação política somente aos proprietários de terras, de modo que o mote fundamental da teoria democrática e da igualdade política, ou seja, a participação do poder político de todos os cidadãos, é no sentido de que a participação no poder independe da quantidade de bens que o indivíduo possua, mas simplesmente da sua qualidade de cidadão. Neste particular, percebe-se claramente que o termo liberal não se confunde com o termo democrático. Dessa forma, liberais e democratas não pertencem ao mesmo campo de pensamento acerca da condução do poder estatal.

1.2.1 Thomas Hobbes e John Locke

Particularmente, há de se ressaltar a coincidência do pensamento de Hobbes e Locke no sentido de que o estado de natureza não é suficiente; é sim um estado ideal, mas um estado ideal somente para seres racionais, a saber, para seres cuja conduta fosse inspirada somente pelos ensinamentos da lei natural (LOCKE, 2001, p. 83). Os homens, porém, não agem sempre como seres racionais; no estado de natureza, não havendo nenhum poder superior aos simples indivíduos, cada um é juiz em causa própria, e visa, quando ofendido, vingar a ofensa de maneira desproporcional. Disso resulta que o estado de natureza, embora derive de um estado inicial de paz perpétua, transforma-se num estado de guerra. E para sair dessa condição bélica, na qual acaba por reinar somente a força, é que os homens constituem o estado civil. É claro, portanto, que a primeira razão por que o homem abandona o estado da natureza e se reúne com os outros no estado civil, submetendo-se a uma autoridade, é o desejo de conservar a vida, um dos primeiros direitos naturais.

Além da vida, Locke também reconhece, como outro direito natural, a propriedade, de modo que ele se torna um representante típico do Estado burguês. Dizer que a propriedade é um direito natural significa que o direito de propriedade não deriva do Estado, que ela precede a qualquer constituição civil, e que é um direito que cabe ao indivíduo, com ou sem a existência do Estado. Para Locke, o direito de propriedade é um direito natural porque não surge, como para Hobbes, das leis oficiais do Estado. Hobbes, porém, acredita, ao contrário de Locke

(aqui neste ponto acerca do direito da propriedade) que esta advém depois do estabelecimento do Estado civil, ou seja, após o fim do estado de natureza. Portanto, para Locke, o direito de propriedade não deriva da constituição civil e nem de um livre acordo entre indivíduos no estado de natureza, à semelhança da ponderação de Puffendorf, mas surge de uma atividade pessoal do indivíduo, e esta atividade pessoal do indivíduo é o trabalho (BOBBIO, 1997, p. 38).

O estado civil nasce, pois, segundo Locke, do desejo que os homens possuem de conservar os direitos naturais fundamentais, ou seja, a vida e a propriedade. Então, fica claro que ele, entrando no estado civil, não renunciava aos direitos naturais, conforme pensava Hobbes, mas pelo contrário, os quer garantidos ainda em melhores condições do que acontecia no estado da natureza.

1.2.2 Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau

A propósito, a doutrina do jusnaturalismo pode ser dividida em duas grandes correntes: Hobbes e Rousseau acreditam que, na passagem do estado natural para o estado civil, consideram-se extintos os direitos naturais, ou pelo menos transformados, e que o estado civil se sobrepõe ao estado natural completamente, até suprimi-lo; Locke e Kant entendem que fica conservado o que existe de melhor no estado da natureza, e apresentam o estado civil não na condição de uma substituição do estado da natureza, mas como a sua mais plena e eficaz conservação, de forma que a consequência lógica da afirmação dos limites do poder estatal é o direito de resistência.

Na verdade, Thomas Hobbes colocava todo o peso do seu engenho intelectual sobre um só prato da balança. Optava pelo Estado e, conseqüentemente, pela servidão. Ele partia da convicção de que, entre o medo recíproco, no qual os homens estão obrigados a viver no estado de natureza e o medo do soberano, era preferível, então, o segundo e que, no fundo, os homens se submetem com prazer à obediência a um soberano para sair da anarquia. Esta reflexão, inevitavelmente, nos remete à filosofia da servidão voluntária em Ettiënne de la Boétie. Reconhecia ele que a anarquia e o Estado eram dois males; mas o mal menor era o segundo. Construiu sua teoria de maneira a mostrar a necessidade da passagem do estado natural ao estado civil, como a passagem de um estado de guerra permanente para o estado civil da segurança e da conservação da vida.

Para sair dele, os homens precisavam suprimi-lo e, para tanto, deveriam renunciar a todos os direitos naturais e os atribuir, segundo um acordo recíproco, a uma pessoa ou a um grupo de pessoas às quais conferiam o poder supremo de comandar e comprometiam-se a obedecer em qualquer circunstância (a não ser no caso em que estivesse ameaçada a própria vida). Os homens, desta forma, compravam a segurança pelo preço da servidão. Neste sentido, a posição política de Hobbes é totalmente radical.

Em sentido contrário, os demais jusnaturalistas optaram pelo meio termo. Enquanto a solução de Hobbes levava ao Estado absoluto, a de Locke, Montesquieu e Rousseau era a fórmula ideológica do Estado liberal. Rousseau não segue, entretanto, da mesma forma que Locke, o caminho do compromisso dos jusnaturalistas. Ele volta à posição radical de Hobbes, no sentido de que, entre estado natural e estado civil, fica com o segundo. Mas desenvolve a teoria de Hobbes sob o aspecto democrático.

O Estado civil não é incompatível com a liberdade: é liberdade e Estado. O contrato social, para Rousseau, é a passagem do estado natural, da liberdade e da guerra, para um estado de paz e da liberdade. De liberdade mais plena que antes: o direito natural é bom, mas o direito do estado civil é melhor ainda.

Em Hobbes, ou a liberdade ou o Estado, o contrato constitutivo deste é um pacto de renúncia e de transferência dos próprios direitos naturais em favor de um terceiro, é dizer, do soberano. Rousseau também pensa em renúncia, mas não para um terceiro, mas renúncia de um em favor de todos, baseada no consenso. Por isso, ele é taxado de teórico do Estado Democrático, Locke, do Estado Liberal apenas, e Hobbes, do Estado absoluto.

1.2.3 Thomas Hobbes e Montesquieu

Já Montesquieu é adepto do que ele chama de governo moderado, que é o meio termo entre o governo despótico e o governo da liberdade plena dos homens e dos corpos intermediários. Montesquieu faz um diagnóstico preciso acerca do maior número de governos autoritários: eles são maioria porque são baseados na paixão humana, de sorte que um governo fundado na razão é muito mais difícil de impor-se pelas complexidades inerentes à racionalidade. Por isso,

defende tanto a liberdade, pois esta é que possibilita o desenvolvimento da razão. Assim, o governo moderado, dividido e descentralizado, inevitavelmente garante a liberdade. Ou seja, a tripartição das funções do poder, o Legislativo, o Executivo e Judiciário, em órgãos diferentes e não concentrado nas mãos de uma única pessoa ou instituição, é o princípio a partir do qual e o instrumento por meio do qual este mesmo poder é controlado e limitado, evitando-se os abusos inerentes ao seu exercício.

O pensamento de Montesquieu destoa do de Hobbes, principalmente nos quesitos liberdade e governo moderado, o que não é aceito por este último.

1.2.4 Quadro comparativo

A título de ilustração, se se pudesse esboçar um quadro comparativo entre os posicionamentos filosóficos até aqui suscitados, provavelmente o teria com os seguintes contornos:

Para John Locke, o melhor Estado ou Direito seria o Estado civil e o Direito positivado, embora haja alguns direitos naturais por ele considerados inalienáveis: a vida, a liberdade e a propriedade. Nesta medida, a propriedade ganharia destaque, uma vez que representa o fruto da condição que diferencia o homem de outros animais: o trabalho.

Montesquieu reputa o Estado natural e o Direito natural como fundamentos da justiça, na medida em que a liberdade, oriunda da condição natural do homem, é o valor supremo a ser resguardado pelo Direito.

Jean-Jacques Rousseau vê no Estado civil e no Direito positivo o estágio superior em relação ao Estado natural, pois, no Estado civil, há meios de conciliar segurança, paz e liberdade, ao passo que no Estado natural não se torna possível a coincidência desses três valores num mesmo momento.

Thomas Hobbes, por fim, acredita na superioridade do Estado civil, uma vez que o Estado natural é a selva, é o homem lobo do próprio homem, em constante estado de beligerância e de disputa, no qual não há garantias para o valor segurança, nem mesmo para o mais sábio e forte dos homens.

Portanto, a teoria da justiça como ordem encontra nos ensinamentos de Thomas Hobbes seu referencial, na medida em que preponderam os valores da segurança e da estabilidade sociais, relegando a liberdade a segundo plano, pois esta foi alienada em favor do soberano. Talvez aí se encontre também toda a base do positivismo comteano do final do século XIX, sendo natural que, se levado ao extremo, como muitas vezes o foi, o pensamento hobbesiano justifica principalmente os regimes totalitários de direita e de esquerda que acometeram a Europa na primeira metade do século XX.

Mas, em síntese, pode-se concluir, segundo Thomas Hobbes e as teorias oriundas de seu pensamento, que se faz justiça na medida em que se garante cada vez mais a ordem social, ou seja, quando o Estado, a lei e as decisões judiciais definem, com precisão, o papel de cada indivíduo perante as coisas, os fatos, a sociedade e o Estado, a fim de garantir a segurança e a estabilidade das relações intersubjetivas. Neste sentido, cabe mencionar o que Ronald Dworkin discute em *A verdade soberana: a virtude e a prática da igualdade*, de acordo com o qual, à medida que se tem mais liberdade, diminui-se a segurança, a certeza e estabilidade social, o que, de fato, aumenta a desigualdade política, social e, principalmente, econômica entre os membros da sociedade; ao passo que, à medida que se busca mais segurança para auferir um pouco mais de ordem social e, conseqüentemente, estabelecer um melhor nível de igualdade entre os cidadãos, a liberdade individual é reduzida (DWORKIN, 2005, p. 228 a 230).

Aliás, o próprio Norberto Bobbio, em *Teoria Geral do Direito*, menciona a tese segundo a qual o Direito, como instrumento de pacificação social, não tem por objetivo precípua a consecução da Justiça, mas a manutenção da ordem social (BOBBIO, 2008, p. 25). É óbvio que se, na prática do Direito, ocorrerem simultaneamente o estabelecimento da ordem e a prática da justiça, o Direito realizaria seu dever com plenitude.

1.3 Justiça como igualdade

Inicialmente, frise-se que o presente estudo tem por referencial teórico o texto de Norberto Bobbio intitulado *Direito e Estado no Pensamento de*

Immanuel Kant. Outrossim, mesmo com subsídios de outros autores, não se pode deixar de focar a ideia kantiana de justiça como igualdade.

Antes de adentrar o centro do pensamento de Bobbio em relação a Kant, é forçoso traçar aqui algumas considerações acerca da Justiça como Igualdade.

1.3.1 O pensamento clássico da Antiguidade: os gregos e os romanos

O conceito de igualdade, *a priori*, surge mais nitidamente na Grécia, embora limitado às relações estabelecidas na *polis*, e apenas entre os considerados cidadãos, não existindo uma real igualdade entre os homens. Fora desse âmbito, a desigualdade era considerada natural e até desejável ao bom andamento da sociedade.

Para os gregos, o público tinha prevalência sobre o privado, e a igualdade existia apenas no domínio político, na ação entre pares inseridos na *polis*. Além disso, pressupunha a existência de desiguais, que acabavam por compor a maioria da população. Essa desigualdade, para eles, garantiria a harmonia da sociedade, na medida em que todos aceitassem sua condição social.

No tocante, especificamente, à igualdade como justiça para os gregos, existem alguns pontos essenciais a serem abordados em Sócrates e em Aristóteles. Senão, veja-se.

Sócrates, segundo Platão, introduziu o conceito de justiça como igualdade sob uma dupla concepção: a justiça como ideia (plano metafísico) e a justiça como virtude (plano ético). Nessa linha, Platão, utilizando o mito das cavernas (mundo sensível e mundo das ideias) e o da reminiscência (imortalidade da alma e sua pré-existência no mundo dos inteligíveis, onde a alma contempla as essências), afirma que só conhece a justiça aquele que é justo. Segundo Platão, agir com justiça significava descartar o egoísmo e agir reconhecendo a igualdade do direito do outro (PLATÃO, 2002, p. 21).

Conceituava, ainda, que se deve dar a cada um o que lhe convém, não somente nas relações particulares, a saber, justiça comutativa, mas também no plano estatal.

No entanto, esse dar a cada um seria correspondente à função que o indivíduo pudesse exercer na sociedade ou para a sociedade, com suas aptidões

particulares, com as virtudes características definidas em três tipos de indivíduos: sabedoria, aos filósofos; temperança e equilíbrio, aos comerciantes e artesãos; e, por fim, coragem, aos militares. Ia mais longe: pregava que o mal do Estado, a injustiça, se concretiza na ambição que faz com que um indivíduo procure alçar-se acima das aptidões de sua classe (PLATÃO, 2002, p. 124).

Assim, a justiça consiste na harmonia de virtudes da alma, ou seja, o que diz respeito ao Estado, na harmonia das classes que o estruturam. É mais dar do que receber.

Aristóteles, a seu turno, pôs o conceito de felicidade como ponto central de sua ética e de sua justiça: o homem deve alcançar a eudemonia, a felicidade, o principal fundamento da vida moral. Todavia, concorda com Platão no que tange a ver a justiça como virtude: tornamo-nos justos agindo com justiça, mas, diferentemente deste último, o faz na razão prática e não num plano transcendental ou teórico. E, nesse sentido, definiu virtude como sendo um hábito que se destina a realizar uma função que é característica do homem. A característica principal que distingue o homem é ser racional, portanto, sua virtude primordial será desenvolver sua inteligência; e como para Aristóteles o homem é um animal social, ele deverá desenvolver sua racionalidade no âmbito da sociedade civil politicamente organizada (ARISTÓTELES, 2002, p. 25).

No entendimento de Aristóteles, o homem chega ao estado de excelência quando alcança a virtude obtendo um termo médio em relação a si próprio e aos seus pares: o que nem é muito, nem é pouco; não é o único nem o mesmo para todos, nem carência nem excesso (ARISTÓTELES, 2002, p. 54 e 55).

A igualdade aparece como parte integrante de qualquer ato moral, isto é, como elemento constituidor da virtude, e sendo a justiça a igualdade que define a virtude da justiça. A ação inclui outro ser humano, de sorte que se pode dizer que a liberdade pressupõe um estado, ao passo que a igualdade, uma relação. A ação, para ser justa, deve respeitar a igualdade entre o sujeito que age e o que sofre a ação (ARISTÓTELES, 2002, p. 118).

Desta forma, segundo Aristóteles, a justiça é uma virtude que só pode ser praticada em relação ao outro, conscientemente, para chegar à igualdade

ou à observância das leis, tendo como fim último o bem comum, ou seja, a felicidade da *polis* (ARISTÓTELES, 2002, p. 122). Em suma, se o injusto é o desigual, o justo será o igual, o que, ainda que sem provas, é evidente para todos (ARISTÓTELES, 2002, p. 123).

Aristóteles começa o tratado considerando a virtude da justiça sob o ponto de vista da lei: justiça legal. Como virtude moral, a justiça é a disposição interior e subjetiva que leva o cidadão a cumprir os atos prescritos pela lei. Aqui o meio-termo (o justo meio da virtude) é colocado pela lei que define o justo equilíbrio da ação ao prescrever o que se deve ou não deve fazer. Esta é a primeira função da justiça. Além disso, a justiça legal regula as relações entre os cidadãos livres e iguais. Neste caso a lei determina que o justo meio da ação virtuosa é o tratamento igual (*ison*). Deste modo, fica também definido o reverso da medalha: a injustiça consistirá na desobediência à lei e no tratamento desigual entre iguais. Logo, “o homem justo (*dikaios*) é aquele que se conforma à lei e respeita a igualdade; injusto é aquele que contraria a lei e a igualdade²” (PEGORARO, 1995, p. 32).

Porém, seu pensamento apresenta um problema típico para sua época: acreditar que o ser humano, em geral, não é livre. Mas, se todos são dotados de racionalidade, como isso poderia ocorrer? Julgava que os escravos possuíam natureza inferior à do senhor, ou seja, aquele que mesmo sendo um ser humano pertence por natureza não a si mesmo, mas a outros, é por natureza um escravo (ARISTÓTELES, 2002, p. 32). Com isso, uma ideia de justiça distributiva ficava bastante vaga, dificultando, inclusive, a determinação do que é justo em cada caso específico. Esse problema foi resolvido por Kant, que sustentou ser a liberdade a essência de todo ser racional.

Neste particular, o estoicismo, pensamento filosófico, conquanto de origem grega, teve grande influência no Império Romano que, devido às condições de vida no Império e às conquistas de diferentes povos, sustentava uma obediência alienada dos indivíduos a uma lei universal, fundada na igualdade perante a lei: a razão é seguir o universal e não desenvolver pensamentos individuais isolados. O justo seria submeter-se à lei natural, isto é, à razão que existe em todos os homens e que é a vontade de Deus.

Contudo, esse Deus é impessoal, diferente do Deus cristão e do idealizado por Platão, que interfere na ordem. Na verdade, tratar-se-ia de um princípio que anima a matéria: cada ser humano é uma centelha da razão cósmica

² Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, V, 2, 1129b 1-4.

e, portanto, todos são iguais. Por conseguinte, deve-se dar a cada um o que lhe é devido, conforme definido pela lei natural ou positiva e não como em Platão. Como vemos os estoicos seguiram Aristóteles e não a Platão.

As ideias estoicas apoiaram-se ainda em Cícero (2005, p. 54): *a lei natural é a reta razão, conforme a natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, que se deve aplicar a todos os povos, em todas as épocas, e que determina o objeto da justiça como sendo também dar a cada um o que é seu.* Enfim, o direito, para ele, se assemelharia a uma espécie de luz divina, a uma revelação dos deuses, enviada aos homens para inspirar as nossas consciências e viabilizar a vida em sociedade.

1.3.2 A Idade Média: a patrística e a escolástica

Santo Agostinho concordou com Cícero e com a doutrina estoica, no entanto, observou em adaptar tais ponderações à crença na existência de um Deus pessoal e criador. Todos os homens são iguais porque são filhos de Deus e esta seria a justiça divina. No entanto, será dispensado tratamento igualitário dentro de uma ordem pré-definida, de acordo com seu mérito, que consiste na observância da lei divina, a *lex aeterna*, da lei natural, a *lex naturalis* e, depois, da lei dos homens, a *lex humana*. E segue dizendo que justiça é dar a cada um o que é seu, de acordo com a hierarquia da ordem natural criada por Deus: o corpo deve submeter-se à alma; a alma, a Deus; e as paixões, à razão.

A igualdade absoluta, a justiça perfeita, só existiria na cidade de Deus, no reino inteligível: ante Deus, todo homem é servo. A cidade dos homens, o reino sensível, tem de se submeter à Cidade de Deus: sua finalidade é apenas a paz temporária, enquanto a cidade de Deus objetiva a paz eterna.

São Tomás de Aquino sucintamente assevera que justiça é uma virtude; seu objeto é o direito; o outro, o indivíduo, define a igualdade, enquanto lhe é devido o que lhe é adequado; o que lhe é adequado é determinado pela Lei, que é, em última análise, a própria vontade ou razão de Deus. A igualdade, que define a ideia de justiça, não se realiza, entretanto, de forma integral, neste mundo. *A originalidade acrescentada ao esquema grego é a luz e força da fé: o modelo ético*

humano e iluminado pelas três virtudes fundamentais da revelação: fé, esperança e amor (PEGORARO, 1995, p. 39).

Retomando Thomas Hobbes, a desigualdade não era natural, mas constituída com a formação do Estado. Os homens, no estado de natureza, teriam igual vulnerabilidade à violência e à insaciabilidade dos apetites e dos desejos. Os homens, reconhecendo-se como iguais, se submetem igualmente a um poder soberano que lhes assegure a conservação da vida.

Locke compartilha da visão de Hobbes sobre a igualdade entre os homens no estado de natureza. No entanto, esse estado de igualdade não seria necessariamente beligerante como na teoria hobbesiana, e, apesar da possibilidade da eventual deflagração de uma guerra, o estado de natureza tendia a ser pacífico e os homens viveriam num estado de liberdade e igualdade (LOCKE, 2006, p. 23):

[...] ninguém tem mais do que qualquer outro; nada há, pois, de mais evidente que criaturas da mesma espécie e da mesma ordem, todas aquinhoadas aleatoriamente com as mesmas vantagens da natureza e com o uso das mesmas faculdades, terão também de ser iguais umas às outras sem subordinação ou sujeição.

Oportuno ressaltar que, assim como Kant o faria mais tarde, Locke enfatiza mais o conceito de liberdade do que o de igualdade como sinônimo de justiça. No entanto, um conceito está inserido no outro, já que só ao conceber aos homens na concepção de iguais pode-se admitir sua liberdade. A desigualdade, no seu entender, surge não só a partir da diferenciação do poder criado pelo Estado, mas também pela apropriação legal de porções da natureza além do necessário à sobrevivência e ao bem-estar de cada um.

Jean-Jacques Rousseau reitera as teses de Hobbes e Locke, mas discorda deles quanto à índole do homem no estado de natureza. O homem natural seria simples, isolado, pacífico e despreocupado com características que não ensejariam o conflito. Admite que o desejo de autopreservação seja um dos princípios norteadores da ação humana, todavia, ao contrário de Hobbes, não o toma como único motivo para esta ação. Rousseau aborda a questão da igualdade definindo as desigualdades morais ou políticas em oposição às desigualdades naturais ou físicas. O que almejava era que as desigualdades morais e políticas, ou

sociais, refletissem as desigualdades naturais ou físicas, ao invés de serem construídas socialmente.

Norberto Bobbio preleciona que o simples reconhecimento do direito à igualdade é insuficiente para conceituar justiça, pelo que pondera (BOBBIO, 1997, p. 14):

Enquanto liberdade e igualdade são termos muito diferentes, tanto conceitual como axiologicamente, embora apareçam com frequência ideologicamente articulados, o conceito e também o valor da igualdade mal se distinguem do conceito e do valor da justiça na maioria de suas acepções, tanto que a expressão liberdade e justiça é freqüentemente utilizada como equivalente da expressão liberdade e igualdade.

Assim, entende o jusfilósofo italiano que as noções de liberdade e igualdade não podem ser colocadas sob a mesma concepção quando se fala em justiça: não haveria condições de se fazer uma alquimia axiológica em que esses dois valores emblemáticos pudessem ser combinados em benefício de uma ação justa.

1.3.3 Hannah Arendt

Oportuno, também, o pensamento de Hannah Arendt voltado para o conceito de justiça, igualdade e liberdade, eis que a defesa incondicional pelos direitos humanos, baseados sobremaneira na cidadania ou no direito a ter direitos, na repressão ao genocídio, na obrigação política em conexão com o direito de associação, ou do indivíduo ter o direito inalienável de participar ativamente de uma comunidade política na construção do direito e do poder e, por fim, no direito à informação como condição *sine qua non* dessa participação cidadã nas principais decisões, é o centro da doutrina arendtiana.

A princípio, Hannah Arendt (2007, p. 42), esclarece que para os gregos antigos, na percutiente distinção proposta por ela que deve haver entre a seara pública e a privada, a igualdade lhes era de fundamental consideração dentro desta dicotomia.

A *polis* diferenciava-se da família pelo fato de somente conhecer iguais, ao passo que a família era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava não estar sujeito às necessidades da vida, nem ao comando do outro e também não comandar. Não significa domínio, como também não significava

submissão. Assim, dentro da esfera da família, a liberdade não existia, pois o chefe de família, seu dominante, só era considerado livre na medida em que tinha a faculdade de deixar o lar e ingressar na esfera política, em cujo interior todos eram iguais: ser livre significava ser isento de desigualdade presente no ato de comandar, e mover-se numa esfera em que não existiam governo nem governados.

Hannah Arendt, sobre a sociedade contemporânea, concorda com a impossibilidade da igualdade plena, afirmando que a modernidade confundiu a igualdade política com a igualdade social, e somente a primeira seria realizável. Os indivíduos não são iguais por nascimento no sentido em que cada um possui capacidades e necessidades diferentes. A igualdade é legítima ao permitir que cada um mostre seu desempenho de acordo com sua capacidade, e a partir daí se diferencie dos demais. Nesse ponto se aproxima de Rousseau ao defender, de certa forma, a proporcionalidade da desigualdade, ou seja, a desigualdade de cada um de acordo com suas características naturais e não por imposição social.

Aliás, exorta Celso Lafer (1997, p. 02), quando comenta com profundidade o pensamento arendtiano, nos termos assim expressos:

No mundo contemporâneo continuam a persistir situações sociais, políticas e econômicas que, mesmo depois do término dos regimes totalitários, contribuem para tornar os homens supérfluos e sem lugar num mundo comum. Entre outras tendências, menciono a ubiquidade da pobreza e da miséria; a ameaça do holocausto nuclear; a irrupção da violência, os surtos terroristas, a limpeza étnica, os fundamentalismos excludentes e intolerantes.

Enfim, muito embora os regimes totalitários tenham sido eliminados no plano político, o fato é que ainda continuam existindo situações totalitárias de exclusão e eliminação dos seres humanos ditos descartáveis, reproduzindo várias situações de injustiças no plano global, o que configura o maior desafio eminente da humanidade na efetivação da justiça, mediante a adoção radical dos princípios universais dos direitos humanos.

Neste sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 25) preleciona que:

O respeito à diferença só pode ser fruto de um esforço contínuo, uma vez que a maioria, não reconhecendo como cidadão o integrante de outro grupo, geralmente rejeita-o. É uma tendência etnocêntrica, que se registra pelos antropólogos em todos os grupamentos humanos. Logo, uma

discriminação legítima pode facilmente se desvirtuar, pela imposição às coletividades minoritárias de condutas violentadoras de sua cultura e tradição. A jurisprudência da Suprema Corte Americana é bastante ilustrativa nesta questão.

Relativamente à importância atribuída por Hannah Arendt aos direitos humanos, sobretudo pelo fato de ter vivenciado pessoalmente os abusos do totalitarismo, é imperioso, num relance que seja, expor as suas ponderações, na seguinte síntese (LAFER, 1997, p. 04):

A experiência histórica dos *displaced people* levou Hannah Arendt a concluir que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é esse acesso ao espaço público – o direito de pertencer a uma comunidade política – que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.

Portanto, a condição de apátrida a que foi submetida Hannah Arendt conduziu seu pensamento em definir a liberdade de participação do indivíduo em uma dada comunidade como a manifestação suprema do reconhecimento dos direitos humanos a serem perpetrados a todo custo pela Humanidade, pelos Estados, pela sociedade e pela pessoa humana individualmente considerada, de modo que o acordo mútuo sobre eles e a garantia a eles emprestada somente seriam possíveis no âmbito da comunidade internacional, daí o caráter imprescindível do reconhecimento e do implemento dos direitos humanos em sede de convenções internacionais, com a rigorosa exigência de seus princípios.

1.3.4 Chaïm Perelman e a igualdade formal

Chaïm Perelman, em sua *Ética e Direito*, preconiza o conceito de justiça sob o aspecto formal, vinculado à igualdade: suas ideias se fundamentam sobre uma pauta valorativa (PERELMAN, 2005, p. 20 a 28). Postula que os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma, de maneira que, em certo sistema normativo, é imprescindível a existência de três elementos da justiça, quais sejam:

- a) o valor que a fundamenta;
- b) a regra que a enuncia; e
- c) o ato que a realiza.

Assim, para encontrar a justiça, o justo ou o *équo*, devem-se superar estes três estágios, de modo que os dois últimos elementos podem ser submetidos às exigências racionais; quanto ao valor, não podemos submetê-lo a nenhum critério racional, pois ele é arbitrário. Eis o problema a ser enfrentado. Perelman desenvolve, para a solução das questões atinentes à justiça, seis concepções, cujas considerações e críticas serão objeto de análise mais à frente.

Concluindo a abordagem sobre justiça como igualdade, embasada nos termos propostos acima, Bobbio reconhece o direito à igualdade semelhante à justiça:

[...] remédio primeiro e fundamental para as disparidades entre os homens, que podem derivar, seja das desigualdades naturais, seja das desigualdades sociais. Um ordenamento jurídico não pode ser considerado justo se não protege os fracos dos fortes, os pobres dos ricos, se não estabelece com as próprias regras uma medida, ou uma série de medidas, com as quais seja impedida a prevaricação, e todos os membros de uma sociedade recebem igual tratamento com base em certos critérios fundamentais (ora o trabalho, ora o mérito, ora a necessidade etc.).

Entretanto, segue dizendo, no que tange à essência da doutrina kantiana, que: *parece-me claro que todo o pensamento de Kant visa a teorizar a justiça como liberdade, vista sob o conceito de não impedimento, base teórica do Estado Liberal* (BOBBIO, 1997, p. 71).

Porém, Kant, numa das três fórmulas de Imperativo Categórico, expõe que age (o indivíduo) sempre de forma a tratar a humanidade, na sua pessoa como na dos outros, como um fim e não como um simples meio. Numa conotação de que a nossa vontade ou razão prática iguala toda a humanidade, dominando nossa sensibilidade, que é a nossa individualidade, e agir de acordo com o dever, sem influências externas, isto é, com liberdade.

1.4 Justiça como liberdade

A liberdade, ao lado da igualdade, se consubstancia em valor irrenunciável a qualquer sociedade politicamente organizada que se repute democrática, o que induz à conservação e ao desenvolvimento dos atributos da liberdade por meio do controle do poder político do Estado, de forma que este deve, constantemente, preservar as instituições jurídicas que garantam o exercício das práticas da liberdade em todos os seus aspectos: liberdade de locomoção, liberdade

de crença religiosa, liberdade de imprensa, liberdade de trabalho e liberdade de pensamento.

Assim, a consideração dispensada pelo Estado, pela sociedade e pelo indivíduo ao valor liberdade é imprescindível à realização da justiça, haja vista que há setores da vida privada, ou seja, o círculo de atribuições kantiano, que não podem ser objeto de disposições por parte de terceiros, eis que pertencem unicamente ao foro íntimo do ser humano e o respeito a ele configura a singela manifestação da justiça, aqui sob o signo de liberdade.

Aliás, aparentemente – só aparentemente – liberdade e igualdade parecem estar em constante conflito no campo jurídico-político, mormente quando são cotejadas na seara judicial, em que o juiz, não raras vezes, é chamado a decidir sobre questões que envolvem a ambas, de sorte que, para o juiz, neste caso, é fundamental ter em mente sempre o magistério de Eduardo Appio (2008, p. 341), ao analisar o possível confronto entre elas:

A liberdade e a igualdade são os dois principais valores das sociedades contemporâneas ocidentais. Trata-se de elementos constitutivos de nosso sistema judiciário. O direito se ampara nesses dois valores e por vezes sugere um conflito entre ambos. Compreendendo a liberdade como um valor situado no espaço privado, posso afirmar que a liberdade é um valor profano e a igualdade é um valor divino. A liberdade permite a convivência em comunidade. Vige, nesse caso, o princípio da tolerância e da pluralidade, sem o que seria impossível ordenar sociedades desagregadas. Uma interpretação judicial deve partir da consideração de que os argumentos teleológico-valorativos são os mais importantes, ou seja, o juiz deve buscar coerência interna do sistema constitucional por meio da proteção dos principais valores da Constituição.

Neste particular, a aceitação de uma não significa a negação total de outra, uma vez que não cabe, neste caso, a regra da ponderação de valores preconizada por Alexy, em que, diante de um caso concreto, o intérprete e o aplicador do direito calibram os valores colocados em discussão e elaboram uma regra específica para aquele caso determinado, sem refutar integralmente um desses valores.

Quando liberdade e igualdade são colocadas em aparente rota de colisão, o juiz, ao decidir, deve indagar qual valor está sendo violado, se a liberdade ou se a igualdade, de forma que não haveria uma colisão desses valores, mas, tão-somente, âmbitos de incidência diversos.

A proteção das minorias é, por conseguinte, uma das funções do Poder Judiciário, em homenagem à igualdade, assim como em defesa da liberdade. Bem por isso, os juízes devem ter a capacidade de definir, logo ao início do litígio, qual é o valor invocado, liberdade ou igualdade. Alguns dirão que é preciso igualdade para alcançar a liberdade. Com este sentido, o acesso a bens essenciais, como saúde, alimentação e ensino de qualidade, constitui-se em instrumentos essenciais para o exercício de diversos direitos inerentes à liberdade, por exemplo, o direito de participação política consciente. Não é disso que se trata. Obviamente que a liberdade e a igualdade estão inexoravelmente conectadas em nossa sociedade. Trata-se, como já disse, de uma verdadeira simbiose jurídica, pois ambos os valores podem (devem) conviver pacificamente. O conflito será – sempre – aparente. O que desejo expressar é a importância de uma clara distinção entre o valor predominante no caso concreto, pois aí estará a solução correta para o juiz. O espaço preferencial para a igualdade é o público, por meio das decisões coletivas e políticas públicas que busquem satisfazer essa exigência constitucional (APPIO, 2008, p. 349 e 350).

Outrossim, evidencia-se, sob esta perspectiva, que tanto a liberdade quanto a igualdade encerram princípios, valores e objetivos constitucionais que devem orientar toda conduta jurídica, política e social de uma comunidade, haja vista que, por não encontrarem elas qualquer motivo de se excluírem, mas, ao contrário, motivo de se complementarem, ambas conduzirão todo o ordenamento jurídico em direção à verdadeira promoção de justiça. É dizer, ao aplicar esse critério de aferição, ou seja, se o bem jurídico a ser tutelado se trata de liberdade ou de igualdade, o julgador terá subsídios teóricos suficientes para dar uma resolução justa ao objeto da discussão jurídica enfrentada no processo judicial, facilitando a detecção, em qualquer ato público ou particular, de elementos de discriminação irracional ou ilegítima, que violam um desses dois postulados constitucionais.

Leis e atos discriminatórios estarão condenados a fazer parte do crescente acervo de um museu de instrumentos inúteis e indesejáveis. Ao criar uma política pública que atenda uma determinada parcela da comunidade, aos não beneficiados pelas medidas governamentais, por conta de requisitos impostos ao exercício de um direito social ou econômico, fica assegurada a discussão acerca da possibilidade de extensão desses benefícios em nome da igualdade. Nesse caso, cumpre ao poder público demonstrar que a exclusão operada em favor de um determinado setor é racionalmente justificável, sendo certo que nos casos de proteção das classes suspeitas se exige a presença de um interesse público irresistível. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana sempre irá prevalecer. A busca da igualdade poderá se dar por meio da discriminação positiva, mediante o que se convencionou chamar “ações afirmativas” (APPIO, 2008, p. 350).

Enfim, as políticas públicas destinadas a promover as discriminações positivas encontram seu aparato no cerne da Constituição, na medida em que obriga o Estado e a sociedade a adotar posturas que visem sanar situações de desigualdades geradas pela discriminação irracional ou ilegítima. Em

outras palavras, as ações afirmativas encontram seu fundamento no princípio da igualdade constitucional, o que não significa desrespeito ou violação a outro princípio caro ao Estado Democrático de Direito, a liberdade.

Programas sociais que busquem a pluralidade racial, social e étnica em universidades públicas obviamente que afetam, de maneira positiva, o princípio da igualdade, atendendo a uma exigência constitucional. Não se pode alegar ruptura com a isonomia entre os cidadãos, mas antes um firme compromisso com o desejo de assegurar a todos ampla participação nos resultados de uma comunidade democrática (APPIO, 2008, p. 349 e 350).

Não obstante estas primeiras considerações, entre a liberdade e a igualdade, conforme se pôde observar, várias são as teorias sobre a concepção de justiça, sendo que, neste particular, agora pode destacar-se, no magistério de Kant, o ideal de justiça como liberdade, sempre apontado por Norberto Bobbio, eis que falar em justiça como liberdade, inexoravelmente, remete às reflexões, ainda atuais, de Kant.

1.4.1 A contribuição de Immanuel Kant

Bobbio observa que Kant pode ser considerado, em certos aspectos, uma síntese das teorias iluministas acerca do Estado, situando-se entre Locke e Descartes, em especial porque fundamenta, de forma conjunta, a legitimação do poder de editar leis, o direito natural, a separação de poderes e a vontade geral.

Enquanto Aristóteles e São Tomás de Aquino preconizam a justiça sob a perspectiva da virtude, Kant postula a justiça sob a condição normativa, dispensando a realização da justiça às normas jurídicas e ao Direito, isto é,

[...] Kant rompe com o esquema da ética das virtudes e consagra a ética do cumprimento da lei moral, dos deveres pessoais e sociais. Na ética kantiana, a vida política não é regulada pela virtude da justiça, mas pelo direito. Cabe ao direito compatibilizar o exercício externo da liberdade dos cidadãos. A lei universal do direito é: “age exteriormente (socialmente) de tal modo que o exercício de teu livre-arbítrio possa coexistir com a liberdade dos outros”. Portanto, a vida ética não está no exercício das virtudes, mas no cumprimento da lei moral. Esta posição kantiana marcou todos os estudos posteriores. Por exemplo, em nossos dias, J. Rawls organiza o discurso ético em torno da justiça com norma ou princípio ordenador da sociedade. Este princípio objetivo, democraticamente elaborado pela sociedade abrange dois aspectos mais gerais do convívio humano: a) o respeito incondicional às pessoas; b) a distribuição equitativa dos bens materiais. Sobre estes dois pilares J. Rawls levanta o edifício da sociedade bem ordenada. Portanto, a justiça é a virtude da ordem jurídica que visa realizar uma sociedade como sistema eqüitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais (PEGORARO, 1995, p. 14 e 15).

Kant atribui ao Direito a função precípua de organizar a sociedade, delimitando os espaços individuais de liberdade, de modo que todos devem agir dentro de seu respectivo campo de ação, sem invadir ou violar o dos outros, ou seja, o conceito kantiano de justiça se fundamenta na liberdade concedida pelo direito e, ao mesmo tempo, no respeito recíproco entre os integrantes da sociedade.

A metafísica é entendida por Kant como sendo o saber *a priori*, derivado da razão pura. Já por costumes pretende se referir ao objeto da filosofia moral ou da ética, distinta da lógica, física ou filosofia natural. Portanto, a metafísica dos costumes pode ser, resumidamente, concebida pelo estudo dos princípios racionais *a priori* em relação à conduta humana.

Destarte, conclui-se que o estudo sobre os fundamentos da doutrina moral é racional e não depende da experiência empírica.

Para distinguir a moral do Direito, Kant utiliza-se de alguns critérios, de sorte que o principal a que ele se refere é a vontade pura. Ou seja, pelo critério da intenção, se a conduta é baseada somente para obedecer à lei do dever, sem interesses, de forma pura, enfim de puro respeito ao dever, é moral. No entanto, se a atitude é realizada para agir em conformidade com a lei, levado por impulsos diversos ou interesses diferentes do puro respeito ao dever, trata-se de mera legalidade ou juridicidade.

A distinção entre o aspecto interno e externo se vincula, do mesmo modo, à distinção entre o legal e o moral. Nesta toada, a ação legal é externa, consistente numa adesão exterior às suas próprias leis, independentemente da pureza de intenção que levou ao cumprimento. A legislação moral, por sua vez, é interna, vale dizer, refere-se à adesão íntima de suas próprias leis, uma adesão, no entanto, dada como pura.

Sobre esse assunto, referido por Bobbio, Kant, categoricamente, observa (BOBBIO, 1997, p. 155):

A legislação ética é a que não pode ser externa, a legislação jurídica é a que pode ser também externa. Assim, é dever externo manter as próprias promessas em conformidade ao contrato, mas o imperativo de fazê-lo unicamente porque é dever, sem levar em conta qualquer outro impulso, pertence somente à legislação interna.

Ao agir moral corresponde uma força interna, peculiar ao indivíduo, é a relação que se estabelece entre ele e a sua própria consciência; ao passo que ao agir jurídico corresponde uma força externa, proveniente da lei, da sentença judicial ou do contrato, para cuja execução o indivíduo deve respeito, sob pena de sofrer uma sanção.

Outro aspecto de que Kant lança mão para distinguir direito e moral é o que chama de liberdade interna e externa: a liberdade moral é interna e deve ser entendida como a faculdade de adequação às leis que nossa própria razão dá a nós mesmos; ao passo que, por liberdade jurídica, deve-se entender a faculdade de agir no mundo externo, não sendo impedidos pela liberdade igual dada aos outros. Em síntese, pode-se dizer que a liberdade moral é a liberdade dos impedimentos que provém de nós mesmos, por exemplo, as inclinações, as paixões e os interesses; já a liberdade jurídica é a libertação dos impedimentos que provém dos outros, é a libertação exterior, ou seja, alcançar a esfera de liberdade que possibilite o meu agir segundo meu talento, sem ser perturbado pela ação de outrem.

Entende-se por autonomia da vontade, segundo preceitua Kant, a qualidade que o ato volitivo tem de ser lei para si mesma, independente de qualquer condição. Assim, a chamada vontade moral é, por excelência, autônoma, baseada na lei moral, cuja condução não sofre interferências de outros interesses.

Importa lembrar que esta definição de autonomia atribuída por Kant coincide com a definição dada por Rousseau à liberdade, segundo o qual era assimilada pela obediência à lei que cada um prescreve para si mesmo.

A contrario sensu, o direito e a legalidade se vinculam à esfera da heteronomia, justamente porque não há liberdade de escolha segundo sua própria convicção moral. As razões morais do indivíduo não controlam mais as direções e as escolhas para as quais o sujeito deve se encaminhar. Estas serão agora controladas e determinadas pelas leis naturais ou pelas leis positivadas pelo legislador legitimado para tanto.

Os imperativos denominados de categóricos e hipotéticos se referem, naturalmente, à conduta humana. Porém, são ditas categóricas as condutas que prescrevem ações boas em si mesmas, sem condições

preestabelecidas ou fins a serem atingidos. Impõem-se pela sua própria moralidade ou eticidade. Por exemplo: “Você não deve mentir”. Tal conduta espelha uma ação eticamente boa e virtuosa, sem necessidade de justificar os princípios e os fins que, por ventura, estimulem o comportamento de não mentir. Enfim, devemos agir de tal modo, que a norma subjetiva de nossa vontade possa sempre valer como princípio de uma legislação universal, ou, nas palavras de Fábio Konder Comparato (1997, p. 27 e 28), a este respeito:

A dignidade transcendente é um atributo essencial do homem enquanto pessoa, isto é, do homem em sua essência, independentemente das qualificações específicas de sexo, raça, religião, nacionalidade, posição social, ou qualquer outra. Daí decorre a lei universal de comportamento humano, em todos os tempos, que Kant denomina **imperativo categórico**: "age de modo a tratar a humanidade, não só em tua pessoa, mas na de todos os outros homens, como um fim e jamais como um meio".

Os imperativos hipotéticos, a seu turno, dizem respeito às condutas que prescrevem uma ação boa para alcançar um fim determinado, isto é, uma não punição. Assim, “se você quer evitar de ser condenado por falsidade, você não deve mentir”.

E, para Kant, a vontade jurídica é um imperativo hipotético, porque possui condição determinante. Ao contrário do que ocorre com a vontade moral e categórica, que se manifesta sem um fim determinado (BOBBIO, 1997, p. 63 a 66). Pratica-se um ato, porque ele, em si, já é virtuoso.

Consoante o que foi destacado por Bobbio, Kant define o direito nos seguintes termos: *O direito é o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade* (BOBBIO, 1997, p. 66).

Nesta definição kantiana, Bobbio encontra três requisitos fundamentais, a saber:

- a) o direito pertence ao mundo das relações externas;
- b) ele se constitui na relação de dois ou mais arbítrios;
- c) a sua função não é de prescrever este ou aquele dever substancial com relação aos sujeitos de vários arbítrios, mas de prescrever-lhes a

maneira de coexistir, ou seja, as condições por meio das quais o arbítrio de um possa coexistir com o arbítrio de todos os outros.

Em outras palavras, para Kant o direito é a forma universal de coexistência dos arbítrios simples. Ou seja, é o limite da liberdade de cada um, de modo que todas as liberdades externas possam coexistir, segundo uma lei universal.

Destarte, Kant dá à liberdade importância primordial, a ponto, então, de vincular o ideal de justiça à liberdade. Nesta concepção kantiana, o fim último do direito é a liberdade; mas a liberdade externa, que envolve a relação entre os arbítrios. Para ele, o ordenamento justo é somente aquele que consegue fazer com que todos os consorciados possam usufruir de uma esfera de liberdade, que permita a cada um desenvolver sua própria personalidade, de acordo com o talento peculiar de cada um. Daí talvez sua aproximação com Platão, quando este afirma que a justiça se configura no plano da realidade à medida que cada homem possa exercer suas virtudes e habilidades. O direito é concebido, portanto, como um conjunto de limites às liberdades individuais. A função preponderante do Direito seria estabelecer e regular os limites entre as liberdades existentes entre cada um dos componentes de determinada sociedade.

Logo, não basta que ordenamento jurídico estabeleça a ordem ou mesmo garanta a igualdade; é necessário, ainda, que todo o grupo usufrua da mais ampla liberdade, a qual, todavia, deve ser compatível com a própria existência deste grupo. A liberdade aqui mencionada é a liberdade de não-impedimento.

Sob este aspecto, o fim do Estado, segundo a concepção liberal, é a liberdade individual. O que significa dizer que o Estado não tem um fim próprio, mas que seu fim coincide com os fins múltiplos dos indivíduos. Por conseguinte, sua função não seria prescrever fins para cada indivíduo, mas atuar de maneira com que cada indivíduo possa livremente alcançar seu fim.

Neste sentido, Kant lança pesadas críticas sobre o Estado paternalista ou protetor. Para ele, o Estado não deve buscar a felicidade de todos. Deve sim, mediante a lei, garantir a liberdade de todos, a fim de que cada qual, dentro de sua esfera de liberdade, busque sua própria felicidade.

Portanto, segundo Kant, não haveria relação entre direito, justiça e felicidade. Nesse sentido, Bobbio observa (1997, p. 78):

Do que foi dito até agora, e do conceito que Kant tem do direito, não há dúvida de que a concepção que Kant tem do Estado é uma concepção jurídica, no sentido em que a característica da atividade do Estado é a atividade jurídica, ou seja, a instituição e a manutenção de um ordenamento jurídico como condição para a coexistência das liberdades externas.

É, sem dúvida, uma concepção formal do Direito, que não se preocupa com o conteúdo das normas, e sim pelo fato de que elas representam medidas coercitivas para possibilitar a coexistência dos cidadãos.

É forçoso ressaltar, ainda, que Kant preconiza que a noção de Direito está ligada à de coação, de força ou de intimidação, diante da qual o questionamento que poderia ser feito é o seguinte – mas a liberdade não é incompatível com a coação?

A resposta de Kant é negativa, na medida em que o direito é liberdade, mas a liberdade é limitada pela presença da liberdade dos outros, em face da qual pode haver transgressão, cuja caracterização é intitulada de não-liberdade.

Portanto, Kant vê a coação como um remédio contra a não-liberdade. Em linhas gerais, a coação serve para restaurar a liberdade. Desta maneira, ainda que aparentemente contraditória em relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade.

Kant possui, nesta direção, postura bem esclarecedora, conforme a exegese feita por Bobbio (1995, p. 79):

Quando um certo uso da própria liberdade é um impedimento para a liberdade segundo leis universais (ou seja, é injusto), então a coerção oposta a tal uso, enquanto serve para impedir um obstáculo posto à liberdade, está de acordo com a própria liberdade, segundo as leis universais, ou seja, é justo.

Desse modo, o ideal de justiça para Kant pode ser traduzido mediante três premissas:

a) reconhecimento da liberdade na condição de direito natural, inato ao ser humano;

b) respeito às liberdades individuais de todos os homens, que são limitadas pela organização da sociedade, ou seja, pelo Estado; e

c) liberdade como autonomia: racionalidade como expressão da vontade geral, da qual todos participam.

1.5 Enfim, o que é justiça?

Da mesma forma com que se deu o início a este capítulo, por meio de uma indagação, ocorre também seu encerramento, haja vista a natureza eminentemente complexa do assunto, mormente no que tange à sua relação com o tema proposto no presente trabalho, ou seja, com as ações afirmativas como instrumento de igualação e de justiça.

Pelo que foi exposto, ficou evidente que a tarefa de conceituar justiça está longe de ser perpetrada a contento, tanto pelo Direito quanto pela Filosofia, pois a noção de justiça tem variações no tempo e no espaço, e dentro de uma determinada realidade social historicamente considerada, de modo que, conforme se pôde perceber, cada pensador enfatizou uma das várias vertentes da justiça, de acordo com a sua concepção de mundo.

Todavia, esta indefinição não pode servir de pretexto para renúncia do árduo empenho de se realizar justiça, pois tanto o legislador, quanto o intérprete e o aplicador do Direito têm o dever ético de encontrar a justiça do possível, concreta, palpável, tangível, em face dos casos e fatos a que são constantemente chamados a intervir. Com efeito, a falta de definição filosófica e jurídica do que seja o valor justiça jamais poderá servir de desculpa ou de subterfúgio para eximi-los de tal mister. Enfim, a pretensão do justo assemelha-se ao homem que caminha incansavelmente em direção ao horizonte no firme propósito de um dia alcançá-lo.

Talvez o melhor método racional que aproxime cada vez mais dela – agora parafraseando os ideólogos liberais da Revolução Francesa – seja a liberdade como princípio, a igualdade como meio e a fraternidade, ou deveríamos, neste momento, dizer a felicidade social, como fim.

1.6 A concepção de justiça em face das ações afirmativas

Dentro daquela proposta apresentada no início do presente estudo, de discorrer sobre a igualdade, na condição de princípio orientador; sobre as ações afirmativas, na situação de meio ou instrumento; e sobre a justiça, como fim, objetivo ou meta, passa-se, agora, portanto, ao aprofundamento acerca desta última, qual seja, a justiça, aqui entendida sob a forma de valor, a cuja consecução visa o Direito.

A axiologia jurídica, ao lado da lógica e da dogmática jurídica, forma o cabedal teórico da Filosofia do Direito, cada qual se ocupando de um objeto específico no âmbito do conhecimento jusfilosófico: a dogmática jurídica se detém no estudo das normas jurídicas no plano da validade; a lógica jurídica se debruça sobre o raciocínio, a argumentação e a retórica, todos aplicados à seara jurídica; e, por fim, a axiologia jurídica, determinada a teorizar e a pôr em prática os preceitos ligados ao valor máximo do Direito, isto é, a justiça (REALE, 1983, p. 291 a 299).

Indagações outras surgem no processo de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas que, não raro, provocam perplexidade ao operador do Direito, de um modo particular, e à sociedade, de um modo geral: o conteúdo de tal e qual lei é justa? A decisão proferida por este ou aquele magistrado é apta a fazer justiça às partes? As políticas públicas adotadas por determinado governo, em benefício daquele grupo social, obedece aos ditames éticos da justiça? Os pais, na partilha dos bens mediante testamento, mostraram-se pessoas justas? Destarte, os comportamentos, as atitudes e as condutas humanas, a todo tempo e lugar, se submetem a juízos de valor, que, muitas vezes, refogem do campo jurídico e adentram a discussão ética. Portanto, a justiça poderia se considerar, em poucas palavras, a manifestação ética do Direito.

Norberto Bobbio, de maneira, pode-se afirmar, um tanto quanto pragmática, analisando o tema referente à justiça, assim se pronuncia (2008, p. 25 e 26):

O problema da justiça é problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico. Não vamos tocar, por ora, no problema da existência de um ideal de bem comum idêntico para todas as épocas e para todos os lugares. Basta-nos constatar aqui que todo ordenamento jurídico persegue determinados fins, e concordar com o fato de que esses fins representam os valores para cuja

realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige a própria obra. Caso considere que existam valores supremos, objetivamente evidentes, questionar se uma norma é justa ou injusta significa perguntar se ela está apta ou não para realizar esses valores.

Ressalta, ainda, o Mestre de Turim, em face dos que possuem posição mais positivista e legalista do Direito, seu pensamento, nestes termos:

Mas também, no caso de quem não crê em valores absolutos, o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido; equivale a se perguntar se aquela norma está apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram aquele ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado. O problema de se saber se uma norma é ou não justa é um aspecto do contraste entre o mundo ideal e o mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é o que deve ser; norma injusta é o que não deveria ser. Colocar-se o problema da justiça ou não de uma norma equivale a se colocar o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, costuma-se chamar problema da justiça de problema deontológico do direito (BOBBIO, 2008, p. 26).

Expõe ele as vicissitudes do sistema jurídico em relação à justiça, quando salienta que justiça, validade e eficácia são independentes entre si, senão, veja-se (BOBBIO, 2008, p. 28):

1. *uma norma pode ser justa sem ser válida.* Para dar um exemplo clássico, os teóricos do direito natural formulavam em seus tratados um sistema de normas extraídas de princípios jurídicos universais. Quem formulava essas normas as julgava justas, por considerá-las correspondentes a princípios universais de justiça. Mas essas normas, por serem apenas escritas num tratado de direito natural, não eram válidas. Só se tornavam válidas na medida em que eram acolhidas em um sistema de direito positivo. O direito natural pretende ser o direito justo por excelência; mas apenas pelo fato de ser justo não significa que também seja válido;

E prossegue no que tange à diferenciação entre validade e justiça (BOBBIO, 2008, p. 28 e 29):

2. *uma norma pode ser válida sem ser justa.* Nesse caso não é preciso ir tão longe para buscar exemplos. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre uma distância, mais ou menos grande, conforme os regimes. Sem dúvida, o direito em todos os regimes atuais que consideramos culturalmente atrasados admitia a escravidão: não era justo, mas nem por isso deixava de ser válido. Até pouco tempo atrás, vigoravam leis raciais que nenhuma pessoa de bom senso se dispõe a considerar justas: todavia eram válidas. Um socialista dificilmente reconhecerá como justo um ordenamento que reconhece e protege a propriedade individual; assim como um reacionário dificilmente reconhecerá como justa uma norma que considere lícita a greve. No entanto, nem o socialista, nem o reacionário terão dúvidas sobre o fato de que, num ordenamento positivo como o italiano, tanto as normas que regulam a propriedade individual quanto as que reconhecem o direito à greve são válidas.

Comparando justiça e eficácia das normas, o autor tece os seguintes comentários (BOBBIO, 2008, p. 29):

3. *uma norma pode ser justa sem ser eficaz.* Vimos que uma norma pode ser justa sem ser válida. Não devemos hesitar em acrescentar que pode ser justa sem ser eficaz. Quando a sabedoria popular diz que 'não há justiça nesse mundo', refere-se ao fato de que muitos exaltam a justiça com palavras, poucos a colocam em prática. Em geral, para ser eficaz, uma norma também deve ser válida. Se é verdade que muitas normas de justiça são válidas, a maior parte sequer é eficaz; uma norma pode ser eficaz sem ser justa. O fato de uma norma ser universalmente seguida não é prova da sua justiça, assim como, de resto, o fato de não ser seguida absolutamente não pode ser considerado como prova da sua injustiça. A derivação da justiça a partir da eficácia poderia ser comparada a um dos argumentos que costumava ser discutido entre os jusnaturalistas, o chamado argumento do *consensus humani generis*, ou mais simplesmente, *consensus omnium*. Perguntavam-se os jusnaturalistas: deve-se considerar máxima do direito natural aquela que é aceita por todos os povos (alguns diziam 'por todos os povos civilizados')? A resposta dos jusnaturalistas mais intransigentes eram quase sempre negativas. E com razão: o fato de a escravidão, por exemplo, ser praticada por todos os povos civilizados num certo período histórico não a transformava numa instituição conforme à justiça. A justiça é independente da validade, mas é também independente da eficácia.

De arremate, corroborando o entendimento no qual a justiça é o fim último do Direito, Norberto Bobbio (2008, p. 31) conclui:

O problema da justiça dá lugar a todas aquelas pesquisas que visam identificar os valores supremos a que o direito tende, em outras palavras, os fins sociais de que os ordenamentos jurídicos, com o seu conjunto de regras, de instituições e de órgãos, são o mais adequado instrumento de atuação. Daí nasce a filosofia do direito enquanto teoria da justiça.

Ao se transporem os ensinamentos acima aludidos para o plano da igualdade jurídica e para a questão das ações afirmativas, percebe-se que estas são elementos importantes para se construir uma sociedade mais justa, humana e fraterna.

Aliás, o ponto de convergência e de intersecção do Direito e da moral, do Direito e da ética, do Direito e dos valores imprescindíveis à boa convivência social e, porque não, do Direito e da justiça, é a Constituição, a qual, nas palavras pertinentes de Luís Roberto Barroso (2010a, p. 15), promove a interface entre os valores e os anseios da sociedade e o ordenamento jurídico.

Também neste sentido, Robert Alexy (2008, p. 544) procede a um raciocínio pertinente sobre tais ponderações, quando estabelece as consequências da irradiação dos direitos fundamentais para todo o sistema jurídico, incluindo as

relações entre os particulares, a saber, a primeira consequência dessa irradiação é, dessa forma, a limitação dos possíveis conteúdos do direito ordinário, do direito privado, ou seja, o estatuto das relações privadas; a segunda decorre do tipo de determinação substancial do que seria, necessariamente, o conteúdo dos direitos fundamentais, tendo em vista o seu caráter principiológico, pelo alto grau de abstração e pela necessidade do sopesamento entre os princípios colidentes, o que, a certa altura, levará o intérprete a efetuar a valoração desses princípios em rota de colisão; e a terceira atinente ao ponto de convergência entre o direito e a justiça:

A terceira consequência diz respeito ao tipo de abertura. A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da moral*. Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Esses conceitos são, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da Filosofia prática. Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo. A definição desses princípios e o sopesamento entre eles levam ao problema da justiça. Isso fica claro, de forma exemplar, a partir dos princípios da justiça formulados por Rawls, que nada mais são que uma tentativa de estabelecer uma relação entre liberdade e a igualdade. Quando o Tribunal Constitucional Federal afirma que o legislador constituinte se esforçou “em realizar a idéia de justiça na Constituição alemã”, isso diz respeito sobretudo aos princípios de direitos fundamentais. A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos do Direito.

Ora, se tudo aquilo que faz parte do texto constitucional, em última análise, reflete o pensamento ético, a ideologia de justiça de um determinado povo no contexto de uma época, forçoso é reconhecer a premissa de que a implementação de políticas públicas visando à igualdade jurídica de certos setores sociais discriminados historicamente (negros, índios, crianças, idosos, homossexuais, mulheres e deficientes físicos) consubstancia o mais nobre, moderno e eficaz instrumento de justiça.

Certo é que, todavia, o conservadorismo social brasileiro vê com ressalvas tal posicionamento jurídico-político, até porque não lhe interessa modificar o *status quo* de desigualdade social para que continuem a usufruir de grande parte dos bens produzidos pela sociedade.

Antes de testemunhar a lição relativa à justiça e ao Direito do jusfilósofo belga Chäim Perelman, vale lembrar o pensamento de dois importantes e

influentes filósofos acerca da justiça, citados pelo mesmo Perelman, a saber, E. Dupréel e Proudhon, seguindo aquela linha de raciocínio pela qual a justiça é considerada por muitos a principal virtude, a fonte de todas as outras. O primeiro argúi que:

O pensamento e a terminologia, desde sempre, incitaram a confundir com o valor da justiça o da moralidade inteira. A literatura moral e religiosa reconhece no justo o homem integralmente honesto e benfazejo; a justiça é o nome comum de todas as formas de mérito, e os clássicos expressariam sua ideia fundamental dizendo que toda ciência moral não tem outro objeto senão ensinar o que é justo fazer e ao que é justo renunciar. Ela diria também que a razão deve ensinar-nos a distinção entre o justo e o injusto, em que consiste toda a ciência do bem e do mal. Assim, a justiça que, de um lado, é uma virtude entre as outras, envolve, do outro, toda a moralidade (*Apud PERELMAN, 2005, p. 07*).

O segundo, poeticamente, sintetiza em breves palavras a essência do valor significativo da justiça, *in verbis*:

A justiça, sob diversos nomes, governa o mundo, a natureza e a humanidade, ciência e consciência, lógica e moral, economia política, política, história, literatura e arte. A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade, de mais sagrado entre as nações e o que as massas reclamam hoje com mais ardor. É a essência das religiões, ao mesmo tempo em que é a forma da razão, objeto secreto da fé, e o começo, o meio e o fim do saber. Que imaginar de mais universal, de mais forte, de mais perfeito do que a justiça? (*Apud PERELMAN, 2005, p. 07*).

Perelman, diante da multiplicidade de sentidos possíveis que se atribuem à noção de justiça e da confusão extraordinária que é provocada pelo vasto uso do termo, procurou resumir a ideia e a definição de justiça sob seis aspectos. Observe-se:

A cada qual a mesma coisa.

Segundo essa concepção, todos os seres assim considerados devem ser tratados da mesma forma, sem levar em conta nenhuma das particularidades que os distinguem. Seja jovem ou velho, doente ou saudável, rico ou pobre, virtuoso ou criminoso, nobre ou rústico, branco ou negro, culpado ou inocente, é justo que todos sejam tratados da mesma forma, sem discriminação e diferenciação alguma. No imaginário popular, o ser perfeitamente justo é a morte que vem atingir todos os homens, sem levar em consideração nenhum de seus privilégios.

Nota-se, nesta perspectiva, que a concepção em apreço peca pelo alto grau de objetividade, própria do auge do liberalismo econômico, ou seja, trata-se, pois, da aplicação da igualdade formal, eis que não considera as condições de cada indivíduo isoladamente, sua condição social, suas habilidades, suas deficiências e carências, os princípios religiosos e morais aos quais é submetido, enfim as peculiaridades inerentes a cada ser humano.

A cada qual segundo seus méritos.

Eis uma concepção da justiça que já não exige a igualdade pura e simples de todos, mas um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, ao mérito da pessoa humana. Porém, como definir esse mérito? Qual medida comum encontrar entre os méritos e deméritos de diferentes seres? Haverá, em geral, semelhante medida comum? Quais serão os critérios que se deve levar em conta para a determinação desse mérito? Cumprirá levar em conta o resultado da ação, a intenção, o sacrifício realizado, e em que medida? Habitualmente, não só não respondemos a todas essas perguntas, mas nem sequer as formulamos. Se estamos embaraçados, dizemo-nos que será depois da morte que os seres serão tratados segundo seus méritos, que se determinará, com ajuda de uma balança, seu “peso” de mérito e de demérito e que o resultado dessa “pesagem” indicará, por assim dizer, automaticamente, a sorte que lhes será reservada. A vida do além, o paraíso e o inferno, constituem a justa recompensa ou o justo castigo da vida terrestre. Apenas o valor moral intrínseco do indivíduo será o critério do juiz, cego a todas as outras considerações.

Segundo consta deste entendimento, o que importa, como já foi explicado pelo autor, grosso modo, é a conduta do homem e o seu agir, de sorte que as perguntas acima realizadas perpassarão pelo proceder do indivíduo em face dele mesmo, da família, da sociedade e do Estado, ou seja, o aspecto moral virá a ser a pedra de toque necessária a esta concepção. Ademais, a grande dificuldade de se obedecer a tal critério de justiça consiste na complexidade das respostas a serem dadas às perguntas ali formuladas e às outras que, porventura, sejam pertinentes a quem for proferir um juízo de valor, tendo em vista tais critérios para a realização da justiça.

A cada qual segundo suas obras.

Neste particular, tampouco requer-se um tratamento igual, mas um tratamento proporcional. Só que o critério já não é moral, pois já não leva em conta a intenção, nem os sacrifícios realizados, mas unicamente o resultado da ação. O critério, ao abandonar as exigências relativas ao agente, satisfaz-nos menos do ponto de vista moral, mas se torna de uma aplicação infinitamente mais fácil e, em vez de constituir um ideal quase irrealizável, essa fórmula da justiça permite só levar em consideração, o mais das vezes, elementos sujeitos ao cálculo, ao peso ou à medida. É nessa concepção, a qual, aliás, admite muitas variantes, que se inspira o pagamento do salário dos operários, por hora ou por peça, que se inspiram os exames e os concursos nos quais, sem se preocupar com o esforço despendido, se cotejam apenas o resultado, a resposta do candidato e o trabalho que apresentou.

Como adverte Perelman, a justiça formulada a partir da obra concluída, feita e acabada tem um grau de complexidade muito mais simples e equânime em relação aos demais pressupostos. Pode-se elencar também, neste passo, o resultado obtido por um candidato a cargo eletivo, cujo objetivo alcançado demonstra a justiça do trabalho levado a efeito, assim como o vencedor de uma competição olímpica, na qual o prêmio é dado ao atleta que chegou em primeiro lugar, não àquele que mais treinou e se dedicou ao aperfeiçoamento técnico.

A cada qual segundo suas necessidades.

Essa fórmula da justiça, em vez de concentrar-se nos méritos do homem ou de sua produção, tenta sobretudo diminuir os sofrimentos que resultam da impossibilidade em que ele se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais. É sob tal aspecto que ela se aproxima mais de nossa concepção de caridade. É óbvio que, para ser socialmente aplicável, essa fórmula deve basear-se em critérios formais das necessidades de cada ser humano ou grupo, pois as divergências entre os critérios ocasionam diversas variantes dessa fórmula.

Assim, ponderar-se-á acerca de um mínimo vital que cumprirá assegurar a cada homem seus encargos familiares, sua saúde mais ou menos precária, os cuidados requeridos por sua pouca idade ou por sua velhice. Foi essa fórmula da justiça que, impondo-se cada vez mais na legislação social

contemporânea, colocou em xeque a economia liberal em que o trabalho, assemelhado a uma mercadoria, estava sujeito às flutuações resultantes da lei da oferta e da procura. A proteção do trabalho e do trabalhador, todas as leis sobre o salário mínimo, a limitação das horas de trabalho, o seguro-desemprego, doença e velhice, o salário-família e a salubridade do ambiente laboral inspiram-se no desejo de assegurar a cada ser humano a possibilidade de satisfazer suas necessidades mais essenciais.

O entendimento ora exposto reflete a fraternidade social a que deve visar toda a ação do Estado Social e Democrático de Direito e lança suas raízes na filosofia socialista do começo do século XIX, mais precisamente dos socialistas utópicos, como Proudhon, Blanc, Fourier, Saint-Simon e Owen. Vale acrescentar, todavia, que o conceito de necessidade tem variações no tempo e no espaço, de acordo com o avanço social de cada comunidade.

Nesta medida, os países de experiência socialista ou comunista estabeleceram este critério para organizar suas economias, eis que o próprio Estado definia as necessidades de cada membro e, a partir disso, procedia à hierarquia entre as necessidades então estabelecidas. Portanto, ao indivíduo, não cabia sequer determinar suas necessidades e buscar supri-las.

A cada qual segundo sua posição.

Eis uma perspectiva aristocrática da justiça. Consiste ela em tratar os seres humanos não conforme critérios intrínsecos ao indivíduo, mas conforme pertença a uma ou outra categoria determinada de seres. *Quod licet Jovi non licet bovi*³, diz um velho adágio latino. As mesmas regras de justiça não se aplicam a serem pertencentes a categorias por demais diferentes.

Assim é que a fórmula “cada qual segundo sua posição” difere das outras pelo fato de ela, em vez de ser universalista, segregar os homens em categorias diversas que serão tratadas de forma diferente. Na Antiguidade, reservava-se um tratamento diferente aos indígenas e aos estrangeiros, aos homens livres e aos escravos; no início da Idade Média, trataram-se diferentemente os

³ O que é permitido a Júpiter não é permitido ao boi.

senhores francos e os autóctones galo-romanos; mais tarde, distinguiram-se os nobres, os burgueses, os clérigos e os servos ligados à gleba. No período neocolonialista, trata-se de forma diferente, nas colônias da África, os brancos e os negros; no exército há regulamentos diferentes para os oficiais, os suboficiais e os soldados.

Conhecem-se distinções baseadas nos critérios de raça, de religião e de fortuna. O caráter que serve de critério é de natureza social e, a maior parte do tempo, hereditário, portanto, independente da vontade do indivíduo. Se consideramos essa fórmula de justiça como aristocrática, é porque ela é sempre preconizada e energicamente defendida pelos beneficiários dessa concepção, que exigem ou impõem um tratamento diferente para as categorias de seres por eles apresentadas como superiores. E tal reivindicação é habitualmente apoiada pela força conferida quer pelas armas, que pelo fato de ser uma maioria defrontada com uma minoria sem defesa.

A cada homem segundo sua posição não condiz mais com a realidade do atual estágio político consolidado pelas nações democráticas ocidentais, na medida em que tal preceito representa os privilégios da nobreza no tempo do *ancien régime*⁴, em detrimento dos clamores das minorias (em direitos). Na moderna sociedade de massas, em que devem vigorar os postulados republicanos e democráticos, alguns atributos e garantias são concedidos em virtude do cargo exercido e não por conta da posição social da pessoa que dele se ocupa.

Este estado de coisas, talvez, tenha cabimento em uma sociedade tribal ou patriarcal, tendo em vista a força figurativa que uma pessoa exerce sobre seus pares, e só prevalece pela violência ou pela força do mito e, via de regra, é pela primeira que tais benesses são eliminadas. Porém, em alguns casos, pode-se adotar tal critério, desde que o privilégio levado a efeito a certas classes de pessoas seja justificado. A inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade dos magistrados e dos membros do Ministério Público, assim como a imunidade de palavra, voto e opinião dos parlamentares, poderiam se enquadrar, não em

⁴ Antigo regime.

privilégios, mas em prerrogativas democráticas e republicanas para o próprio bem da sociedade.

A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Esta fórmula é a paráfrase do célebre *cuique suum*⁵ dos romanos. Se ser justo é atribuir a cada qual o que lhe cabe, cumpre, para evitar um círculo vicioso, determinar o que cabe a cada homem. Se atribuirmos à expressão “o que cabe a cada homem” um sentido jurídico, chegamos à conclusão de que ser justo é conceder a cada pessoa o que a lei lhe atribui. Esta concepção permite dizer que um juiz é justo, ou seja, íntegro, quando aplica, às mesmas situações, as mesmas leis (*in paribus causis paria jura desiderat*⁶).

Ser justo é aplicar as leis do país. Tal concepção de justiça, contrariamente a todas as precedentes, não se arvora em juízo de direito positivo, mas se contenta em aplicá-lo. É evidente que essa fórmula admite em sua aplicação tantas variantes quantas legislações diferentes houver. Cada sistema ou ordenamento jurídico admite uma justiça relativa a esse direito. O que pode ser justo numa legislação, pode não o ser numa legislação diferente: com efeito, ser justo é aplicar, ser injusto é distorcer, em sua aplicação, as regras de um determinado sistema jurídico.

Neste último caso, a justiça aproxima-se mais de seu sentido jurídico, haja vista que a lei profere o conteúdo do que é ou não é justo. Deduz-se, com isso, que a noção de justiça vai sofrer variações de acordo com o que cada ordenamento jurídico proclamar como justo. Portanto, deverá haver uma perfeita sintonia entre o sistema jurídico de um país e a realidade social que o embasa. Perelman deduz que, paradoxalmente, esta aceção de justiça é a que mais se aproxima dos ideais do Estado Democrático de Direito. A princípio, tal forma de se alcançar justiça flerta com a filosofia hobbesiana, segunda a qual o ato do soberano, enquanto tal, é justo, e não caberia ao súdito ou ao cidadão sequer questionar acerca da justiça ou não do ato emanado do soberano.

⁵ A cada um o que é seu.

⁶ Em causas iguais, a equidade deseja direitos iguais.

Todavia, se nos concentrarmos mais detidamente no assunto, seremos induzidos a crer que, sendo a lei emanada da vontade soberana do povo, por meio de seus representantes democraticamente eleitos, não restarão dúvidas de que a vontade geral consubstanciada na lei reflete os ideais de justiça de um povo, em um determinado momento histórico.

Em verdade, Chaïm Perelman, ao desenvolver sua teoria de justiça, trabalha sobre o conceito de categorias essenciais, haja vista que a justiça proposta por ele é a de índole formal, como a dos gregos na Antiguidade. Destarte, sendo os indivíduos pertencentes a uma determinada categoria essencial, deve-se aplicar a mesma concepção de justiça, dentre aquelas seis vistas acima.

Chega-se à conclusão, pois, de que a possibilidade de determinar o critério mínimo para atingir-se uma melhor proximidade do que seja a justiça é deveras complexo, na medida em que, conforme acima enunciado, as variantes social, econômica, política, religiosa e jurídica se perdem num universo amplo de hipóteses e de alternativas postas à disposição do intérprete.

Portanto, o nível de abstração do preceito legal é que vai assinalar o grau de proximidade do valor justiça. Em linhas gerais, à medida que se avança de um ato concreto, como, por exemplo, uma sentença judicial ou um contrato, para uma norma jurídica detentora de um alto teor de abstração, como um princípio geral de direito constitucional, chega-se mais perto daquilo que se pode conceituar como justo ou justiça.

Para que o intérprete ou o legislador desempenhe sua função de maneira mais justa possível, deve fazer com que o raciocínio aplicado ao trabalho proposto obedeça aos ditames consagrados pela Constituição Federal: a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social; e pelos tratados, os diplomas e documentos internacionais que proclamam as normas relativas aos direitos humanos, nomeadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, a Declaração Universal dos Povos Indígenas, a Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção contra a Tortura, a Convenção sobre

a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, tendo em vista a extensão e a profundidade dos princípios deles constantes e as motivações e as circunstâncias humanitárias que os envolveram.

Igualdade jurídica, ações afirmativas e o postulado da justiça agregam vários fatores de índole filosófica (moral e ética), jurídica e política, cujos conceitos transitam livremente pelos caminhos da interdisciplinaridade, ficando, pois, difícil de identificar somente um aspecto em detrimento de outros. A trajetória da análise desses temas revela a importância e a complexidade em que o jurista, o filósofo e o legislador devem se debruçar para alcançar o desiderato máximo do Direito, lançando mão de instrumentos inovadores de toda a ordem social, como é o caso das ações afirmativas, não obstante a forte tendência reacionária que tenta detê-las.

Discorrer sobre a propriedade das políticas públicas visando à igualdade jurídica, na atual quadra, corresponde a discutir o papel do Estado Social e Democrático de Direito, haja vista que este último representa a evolução máxima da vontade soberana do povo, em cuja estrutura o Judiciário, juntamente com a advocacia, o Ministério Público e as Defensorias Públicas, exercem influência preponderante na realização da justiça social, sendo protagonistas das mudanças suplicadas pelos grupos populares, as quais não são atendidas com o mínimo para a sobrevivência digna.

A dinâmica entre igualdade jurídica, políticas públicas de inclusão social e o conceito de justiça requer a participação efetiva do Estado, da sociedade e do cidadão, num círculo virtuoso de demanda social, atendimento dela pelo Estado e o esforço produtivo de todos os setores da sociedade, em prol da realização da justiça, da liberdade e da fraternidade, nos moldes do que preconiza a Constituição Federal, cujo pressuposto fundamental é a consolidação da democracia, entendida esta como o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder, a fim de que se evite a perpetuação no seu exercício, mantendo-se o equilíbrio das forças sociais.

Os obstáculos são maiores quando se tem em mente os desafios impostos pela conjuntura de países considerados de modernidade tardia, que ainda estão em franco processo de democratização e cujas forças populares não possuem o hábito da participação e do diálogo institucional no aperfeiçoamento do Estado. A igualdade jurídica reconhecida nas constituições modernas representa um grande trunfo na luta pelos direitos fundamentais, pois municiam os movimentos populares que reivindicam condições de vida digna, trabalho, educação e saúde de qualidade para todos, previdência social, moradia e participação política ativa.

Nesse sentido, a consolidação das políticas de ação afirmativa, ao lado de um sistema político-representativo legítimo, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e das liberdades públicas, abre caminho para uma sociedade mais justa, humana e solidária, nos moldes do que preconizou o Constituinte de 1988, cujo diagnóstico das carências sociais à época era um desafio hercúleo, e cujo prognóstico era no sentido de reconhecer que o Brasil é ainda uma nação a ser construída e que não há tempo a perder. A justiça, valor supremo ambicionado pelo Direito, não deve ser tratada como se uma quimera fosse, um ente metafísico, que nunca poderá ser atingido pela razão e pelas mãos humanas. Mas sim, deve ser tratada como algo concreto e palpável, a justiça tangível e realista, a justiça do possível, ou seja, aquela descrita em nossa Carta Constitucional, mediante a realização dos valores ético-jurídicos propostos por ela e seguidos pelos poderes do Estado, pela sociedade civil e pelo indivíduo.

CAPÍTULO 02

JUSTIÇA *VERSUS* DEMOCRACIA: ENTRE A LEGITIMIDADE E A EFETIVIDADE

"Meu ideal político é a democracia, para que todo homem seja respeitado como indivíduo e nenhum venerado".

Albert Einstein

A tomada de decisões políticas em favor das minorias e dos grupos vulneráveis implica objeções de ordem democrática, isto é, a aplicação prática de políticas públicas de ações afirmativas encontra óbice, para sua legitimidade, nos fundamentos da democracia, na medida em que, não raro, atingem interesses das majorias, o que induz a expor, à esteira do pensamento de Norberto Bobbio, a reflexão, segundo a qual o reconhecimento de novos direitos pressupõe a revogação de velhos direitos (2004, p. 40). Nesta direção, salienta também Michel Rosenfeld (*Apud* STF, 2012, p. 08) que *[...] a adoção de um novo princípio de justiça distributiva possivelmente criará conflitos entre reivindicações baseadas nos velhos e nos novos princípios.*

Portanto, é crucial a elucidação de alguns aspectos inerentes ao conflito entre a legitimidade democrática e a efetividade de direitos reconhecidos em benefício das minorias, o que será objeto desta parte do estudo.

2.1 Democracia, pluralismo e minorias

Invariavelmente, a efetivação do valor justiça esbarra no que, atualmente, se acostumou a denominar de déficit democrático, na medida em que a defesa das minorias, por meio das ações afirmativas, em sede processual, muito embora sejam observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, aparentemente, carecem de legitimidade, mormente pelo fato de os juízes não se submeterem ao crivo de uma eleição democraticamente sufragada.

Ademais, Paulo Otero (2010, p. 57 e 58), ao refletir sobre o tema, sintetiza o problema da legitimidade democrática e da defesa das minorias, aqui podendo ser entendida pela vertente do princípio do pluralismo, sob dois prismas filosóficos que estabelece um limite conceitual à discussão ora proposta:

III. A articulação entre o pluralismo e o princípio democrático, excluindo por natureza a existência de uma única fonte ou de uma forma singular de expressão da vontade da colectividade, antes procurando encontrar vias plurais de expressão da vontade política legitimadora da própria democracia, conduz a dois distintos modelos: (A) Pode-se tratar de um modelo de democracia fundado na vontade orgânica da maioria do povo, apurada através de processos formais previstos nas normas do texto constitucional, tal como sucede com o sufrágio universal e o referendo (artigo 10.º, n.º 1⁷), segundo a tradição oriunda do constitucionalismo de matriz liberal, típica de um positivismo-legalista de raiz rousseauiano; (B) Ou, em sentido diferente, pode dizer respeito a um modelo de democracia baseado na vontade inorgânica da nação, reconduzida à ideia de “identidade cultural comum” do povo português (artigo 78.º, n.º 2, alínea c⁸), sendo dotada de uma materialidade decisória fundada na vontade inorgânica da colectividade, tal como se encontra subjacente ao pensamento da escola histórica do Direito e que tem na sua base uma raiz hegeliana.

O primeiro modelo revela-se matemático, aritmético, fechado, peremptório, formal e rigoroso, somente se baseando no aspecto numérico das relações políticas, ao passo que o segundo se mostra mais fragmentário, diluído, difuso e profundo, tendo uma forte relação com a realidade viva e com os apelos das minorias sub-representadas. Entretanto, são dois paradigmas democráticos que devem conviver lado a lado, pois representam o verso e o averso da mesma moeda:

Trata-se, importa sublinhar, de dois modelos de democracia, enquanto formas de expressão da vontade política da colectividade, que, tendo forçosamente de conviver em sociedades plurais e democráticas, se mostram passíveis, todavia, de gerar conflitos e tensões sobre os respectivos espaços de operatividade: cada uma desses modelos – um fundado numa soma (: povo) e outro numa abstracção (: nação) – reivindica espaços concorrentes de decisão, verificando-se que o modelo democrático baseado na vontade orgânica da maioria, abranda a sua vocação plural, reclama mesmo um exclusivismo decisório que passa até, por vezes, pela negação da relevância operativa ao modelo de democracia fundado na vontade inorgânica da nação. Esta conflitualidade entre modelos de democracia, sem nunca deixar de ter de ser esquadra à luz do pluralismo

⁷ Artigo 10.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (Sufrágio universal e partidos políticos). 1. O povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição.

⁸ Artigo 78.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (Fruição e criação cultural). [...] 2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais: [...]c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum; [...]

de um Estado de Direito democrático, não deixa de se encontrar presente na Constituição de 1976.

Outrossim, para uma melhor compreensão do fenômeno das discriminações positivas, necessário se torna elaborar uma discussão que confronte, de um lado, os ditames da justiça e, de outro, os princípios democráticos, para, deles, procurar estabelecer um diálogo em busca do consenso e da reconciliação, rumo à consolidação do Estado Democrático de Direito com justiça e igualdade.

A discussão acerca da legitimidade democrática e da representatividade popular, em contraponto com os direitos das minorias e com as políticas públicas direcionadas à tutela de seus interesses, não é só privilégio do Brasil, país no qual o regime democrático encontra-se fragilizado pela tenra idade de sua vigência, e cujo contexto social se caracteriza, nas palavras de Lênio Antônio Streck, pela modernidade tardia na solução dos conflitos sociais. Até nos países socialmente mais justos, existe um firme debate relativo à conciliação entre democracia e minorias, por conta principalmente do reconhecimento da diferença que caracterizam certos segmentos sociais que compõem o todo de alguns desses países. Neste sentir, a preocupação constante em estabelecer mecanismos que visem uma estrutura social mais igualitária não sai da agenda política e acadêmica desses povos.

E, nell'ottica del rapporto tra uguaglianza e differenza, vengono analizzati alcuni dei principali strumenti tecnici adottati dagli ordinamenti allo scopo di garantire diritti differenziali agli appartenenti minoranze: il diritto di non discriminazione, i "diritti particolari", i "diritti riservati", il diritto all'autogoverno⁹ (DICOSOLA, 2008, p. 03).

A questão está, sobretudo, em estabelecer um equilíbrio político nas relações de força entre a maioria e as minorias, a fim de que não haja abusos por parte daqueles e uma consequente opressão destes, assim como não ocorra uma indesejável recriação de privilégios irrazoáveis e ilegítimos em favor das minorias.

In particolare, tra gli strumenti di tutela delle minoranze, pone notevoli problemi quanto al bilanciamento con il principio di uguaglianza, il diritto di rappresentanza politica, esaminato in dettaglio al capitolo 6. In questo caso, infatti, l'uguaglianza della rappresentanza finisce per essere un connotato essenziale del carattere democratico di un ordinamento. Occorre evitare,

⁹ E, sob a ótica da relação entre igualdade e diferença, analisemos alguns dos principais instrumentos técnicos adotados pelos ordenamentos com o escopo de garantir direitos diferenciados aos que pertencem a minorias: o direito de não ser discriminado, os "direitos particulares", os "direitos reservados", o direito à autodeterminação. (Tradução livre pelo autor).

tuttavia, il rischio della “dittatura della maggioranza”, che, seppur nel rispetto formale dei principi, finisce per snaturare l’essenza della democrazia: come specificano gli autori, si deve raggiungere un punto di equilibrio tra democrazia e principio maggioritario, da una parte, e diritti delle minoranze, dall’altra. E tale equilibrio è raggiungibile solo attraverso forme di cooperazione effettiva, e non solo simbolica, tra la maggioranza e le minoranze, forme idonee a consentire a queste ultime una concreta capacità di influenzare le decisioni degli organi rappresentativi¹⁰ (DICOSOLA, 2008, p. 03).

Em outras palavras, a democracia, na condição de processo evolutivo constante, se traduz na persecução sistemática de encontrar esse ponto de equilíbrio entre os atores sociais que, invariavelmente, lutam por interesses antagônicos, pelo que a liberdade e a igualdade, neste ambiente, são fundamentais no desenvolvimento do debate democrático.

Nesta toada, Robert Alexy (2011, p. 155), ao dissertar sobre a estrutura do constitucionalismo discursivo, salienta que

O constitucionalismo discursivo é uma teoria que nasce do enlace de cinco conceitos: (1) do de direitos fundamentais, (2) do de ponderação, (3) do de discurso, (4) do de jurisdição constitucional e (5) do de representação. O sistema formado por esses cinco conceitos é extremamente complexo. A imagem, que aqui deve ser mostrada dele, concentra-se sobre os conceitos de ponderação, de jurisdição constitucional e de representação.

Quando, porém, Alexy destaca a relação entre a jurisdição e a representação no jogo democrático (2011, p. 162 e 163), dentro do complexo do constitucionalismo discursivo, suscita uma variável pertinente ao deslinde da questão, advertindo que

Jurisdição constitucional é exercício de poder estatal. Em um estado democrático, no qual – como está dito no artigo 20, alínea 1, proposição 1, da lei fundamental, – “todo poder estatal ... provém do povo”, jurisdição constitucional somente então pode ser legítima se ela é compatível com a democracia. O exercício de poder estatal pelo parlamento é legítimo porque o parlamento representa o povo. Essa representação é democrática porque os membros do parlamento são eleitos por eleição livre e igual e – por meio da sanção da não reeleição – controlados. Isso é, em todo o caso, em geral, diferente no caso da jurisdição constitucional. Os juízes do tribunal

¹⁰ Particularmente, entre os instrumentos de tutela das minorias, põem-se consideráveis problemas quanto ao balanceamento com o princípio da igualdade, o direito de representação política, examinado, em detalhe no capítulo 6. Neste caso, de fato, a igualdade da representação vem a ser um a essência do caráter democrático de um ordenamento. Deve-se, todavia, evitar o risco da “ditadura da maioria”, que, ainda quando no respeito formal dos princípios, acaba por desnaturar a essência da democracia: como especificam os autores: deve-se encontrar um ponto de equilíbrio entre democracia e princípio majoritário, de uma parte, e direito das minorias, de outra. E tal equilíbrio é encontrado somente por meio das formas de cooperação efetiva, e não apenas simbólicas formas idôneas, entre a maioria e as minorias, a consentir em favor dessas estas últimas uma concreta capacidade de influência nas decisões dos órgãos representativos. (Tradução livre pelo autor).

constitucional não têm regularmente uma legitimação democrática direta e o povo não tem, em regra, possibilidade de controle por denegação da reeleição. Isso é compatível com democracia? A única possibilidade de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia consiste nisto, compreendê-la também como representação do povo. Esse caminho, contudo, dois obstáculos parecem obstruir. Representação do povo parece, primeiro, necessariamente estar unida com eleições e, caso, segundo, fosse possível, porém, representação sem eleições, porque deveria esse tipo de representação ter primazia diante de uma representação que se apoia em eleições?

Interessante notar que a recorrência a eleições como componente indispensável ao processo democrático insiste em traduzir o sistema de participação no poder pelo direito de votar e de ser votado periodicamente, ou seja, o sistema democrático quase que se confunde com o direito de escolher, por meio do sufrágio universal, os dirigentes políticos de um país.

Todavia, o conceito de representação democrática, em Alexy, à vista do constitucionalismo discursivo (2011, p. 163), destaca o papel da jurisdição constitucional para a solução do conflito entre democracia e legitimidade das decisões judiciais, o que, em última análise, legitima o protagonismo judicial quando da defesa e da proteção dos direitos das minorias.

A chave para a solução desse problema e, com isso, do problema geral da jurisdição constitucional é o conceito de representação argumentativa. Representação é uma relação de duas variáveis entre um *repraesentandum* e um *repraesentans*. No caso da criação de leis parlamentar, a relação entre o *repraesentandum* – o povo – e o *repraesentans* – o parlamento – é determinada, essencialmente, por eleições. Agora, é possível esboçar uma imagem da democracia, que contém nada mais que um procedimento de decisão centrado nos conceitos de eleição e de regra da maioria. Isso seria um modelo puramente decisionista de democracia.

Enfim, de um lado, visualiza, pois, a democracia representativa e decisionista, articulada pelo poder legislativo, que mantém forte correspondência com os anseios das maiorias. De outra banda, porém, Alexy (2011, p. 163) recorre à noção moderna de democracia, é dizer, à face deliberativa do processo participativo democrático, por meio do discurso, apresentando a vertente argumentativa que legitima as posições judiciais favoráveis às reivindicações das categorias minoritárias, nestes termos:

Um conceito adequado de democracia, contudo, não se deve apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa também abarcar o de argumento. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da

tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva. A representação do povo por um tribunal constitucional é, pelo contrário, puramente argumentativa. O fato que a representação pelo parlamento é tanto volitiva como argumentativa mostra que representação e argumentação não são incompatíveis. Ao contrário, um conceito adequado de representação deve – como Leibholz o formula – dizer respeito a “valores ideais” (Leibholz 1966: 35).

Assim, sob tal ambiente político, cujo teor se caracteriza pela complexidade, Alexy (2011, p. 163 e 164) sintetiza os novos e abrangentes elementos que compõe o moderno regime democrático, que se desvincula no anterior modelo liberal e individualista de participação popular, consubstanciado apenas na representação parlamentar chancelado pelo voto:

Representação é – de outra forma como Kelsen propõe – mais que mera “substituição” e, simultaneamente, mais que “algo existencial” (Schmitt 1970: 209), no sentido de algo meramente fático. Ela abarca, sem dúvida, ambos esses elementos, o que significa que representação, necessariamente, é tanto normativa como real, mas esses elementos não esgotam o conceito de representação. Representação é, como tal, necessariamente orientada para algum ideal. Isso significa que representação é definida pela união de uma dimensão normativa, uma fática e uma ideal. Na representação democrática, como caso da representação racional, o ideal é a ideia de correção. Um conceito plenamente formado da representação democrática deve, por isso, abarcar, ao lado da decisão, o discurso como elemento ideal.

A tese acima esposada por Alexy fundamenta todo o arcabouço teórico a respeito do qual se faz uso no exercício de defesa das minorias, uma vez que não se deve esperar pela iniciativa do parlamento, na condição do mais digno representante da maioria, a fim de que as reivindicações das minorias sejam, de fato, atendidas, ocasião, portanto, em que o protagonismo judicial ganha corpo e legitimidade institucional, eis que para se legitimarem constitucionalmente, todas as decisões proferidas pelos órgãos judicantes devem ser, de fato e de direito, rigorosamente fundamentadas, conforme determina o inciso IX, do artigo 93, da CF/88, o que, na verdade, representa a teoria alexyana da argumentação democrática do judiciário.

Aliás, outra não é a posição doutrinária, nesse particular, de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 289), ensinando que

Em suma, é indubitável que não basta o juiz estar convencido – cabendo-lhe demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer um do povo, já que a sentença deve ser o resultado de raciocínio lógico que assenta no relatório, na fundamentação e no dispositivo. Nessa perspectiva, conclui-se, ainda, que a fundamentação é essencial à legitimação da decisão. Não é por outra razão, aliás, que constitui dever do juiz e garantia constitucional do jurisdicionado, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Nesta mesma linha de raciocínio, acerca do dever de fundamentação das decisões judiciais como elemento de justificação política da legitimação democrática do Poder Judiciário, sobretudo quando se refere ao seu protagonismo no controle de políticas públicas cuja execução está a cargo dos demais poderes do Estado, Eduardo Cambi (2011, p. 319 e 320) preleciona com a seguinte tese:

O Estado Democrático de Direito exige que o juiz motive racionalmente as suas decisões, combatendo toda e qualquer decisão baseada na *intime conviction* do magistrado (artigo 93, IX da CF/1988). Quando a motivação é constituída por argumentos racionais, a própria motivação justificará, racionalmente, a decisão, não tendo o órgão judicial que convencer as partes ou a opinião pública do seu “acerto”. Para evitar o arbítrio judicial, o órgão judicial não pode perder a dimensão da *verdade processual objetivamente realizável*. O conhecimento humano da verdade é imperfeito e incompleto, mas nem por isto os ordenamentos jurídicos devem afastar a sua cogitação, nem renunciar a sua busca, na medida do possível. A impossibilidade de vencer, por inteiro, as dúvidas não tornam menos importantes as tentativas voltadas a superá-las (“nossa impossibilidade de vencer por inteiro a escuridão da noite não torna menos importante o ato de acender uma lâmpada para iluminar o texto que desejamos ler”). Caso contrário, os ordenamentos jurídicos não deveriam cuidar de disciplinar as provas, mas adotariam formas mais simples e rápidas de decidir litígios (*v.g.*, mediante sorteios).

No confronto entre democracia e legitimidade, tendo em vista que toda sentença se constitui em um ato político, porque uma das justificativas das decisões judiciais contramajoritárias¹¹ seriam os seus argumentos de fato e de

¹¹ Sob tal perspectiva, são percucientes as palavras do Ministro Carlos Ayres Britto, ao se reportar ao papel contramajoritário da Suprema Corte: Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta **exclusão**. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade,

direito, em uma palavra, a sua fundamentação racional, cujo produto final se submete ao controle das partes e da opinião pública, isto é, à justificação interna e à justificação externa da argumentação jurídica (CAMBI, 2011, p. 339), o papel do Judiciário no processo democrático é necessário e indeclinável, na medida em que o espírito democrático, no âmbito judicial, se manifesta precisamente pelos princípios da ampla defesa e do contraditório.

No entanto, para superar as críticas lançadas sobre o posicionamento em favor da argumentação da jurisdição constitucional na condição de pressuposto do constitucionalismo discursivo, Robert Alexy (2011, p. 164 e 165) argumenta que

Um crítico da jurisdição constitucional poderia objetar que tudo isso termina em uma superidealização. Ele poderia unir isso com a afirmação, que uma representação puramente argumentativa é uma quimera. Assim que o ideal põe-se no lugar do fático, o tribunal constitucional tem a liberdade de declarar cada argumento como argumento que o povo representa. Então, não existem nem limites nem controle. O tribunal constitucional pode distanciar-se tão longe quanto ele quer daquilo que o povo realmente pensa e quer e, contudo, promover a pretensão de que ele representa-o. O caminho do constitucionalismo discursivo, que inicia nos direitos fundamentais, passa sobre a ponderação, o discurso e a jurisdição constitucional, termina em um lugar da ilusão, no qual tudo pode ser legitimado.

A objeção levantada demonstra a preocupação dos críticos e dos céticos do constitucionalismo discursivo e da democracia deliberativa tão rigorosamente defendido por Alexy, razão pela qual ele faz questão de elucidar os principais aspectos que procuram responder as inquietações cogitadas sobre tal modelo:

Essa objeção pode ser rejeitada se é possível mostrar que, primeiro, jurisdição constitucional, como argumento ou discurso, não admite tudo e que, segundo, jurisdição constitucional, como representação, pode ser unida com aquilo que o povo realmente pensa. Jurisdição constitucional, como argumento, não admite tudo, se podem ser distinguidos argumentos jurídico-constitucionais bons de ruins ou melhores de piores. [...] A existência de argumento bons ou plausíveis basta para deliberação ou reflexão, mas não para a representação. Para isso, é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses

como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (STF, 2011, p. 26 e 27).

argumentos como corretos. Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção ou validade (ALEXY, 2011, p. 164 e 165).

Ademais, os argumentos apresentados por Alexy, em resposta aos questionamentos perpetrados por seus contendores, são reforçados pela ideia da validade e da correção dos argumentos articulados pelo Estado-juiz, de um lado da relação e do diálogo estabelecido pelo julgador e pela sociedade, e pela existência de seres racionais, no seio da sociedade envolvida, capazes de absorver o discurso proposto por quem emite a decisão, do outro lado desta relação:

Isso mostra que existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos. Poderiam denominar-se essas pessoas, com apoio no conceito de pessoa liberal, de John Rawls (Rawls 1993: 290, 301f.), “pessoas constitucionais”. Jurisdição constitucional somente então pode ser exitosa quando esses argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos a fazer uso de suas possibilidades racionais. Se essas condições estão cumpridas, a resposta à questão acima formulada, por que uma representação puramente argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições, não mais é difícil. O constitucionalismo discursivo, como um todo, é a tentativa da institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional que sem ela.

Isto é, deve haver sempre um canal, sem interferências, entre o juiz que decide uma demanda contramajoritariamente, porém racional e corretamente, e cidadãos dispostos a entender o teor desta decisão e os benefícios democráticos que ela trará.

Em suma, o caráter democrático de uma Constituição também se mede pelo nível de proteção dispensado às minorias contra as investidas arrogantes, arbitrarias, opressoras e prepotentes da maioria, mediante o asseguramento de funções institucionais às minorias, de forma que, na democracia, quem governa é a maioria, mas sem oprimir as minorias, a quem é atribuído o dever de oposição institucional. Enfim, a função das minorias do regime democrático é apresentar propostas alternativas às ideias e às ações do governo majoritário, além de criticá-las, fiscalizá-las, apontar-lhes as falhas e censurá-la (ATALIBA, 1987, p. 191).

Na república, é importante proteger e salvaguardar as minorias e a sua relevante participação no processo político, razão pela qual o texto constitucional, de índole democrática, deve dar garantias amplas de reforço dos elementos institucionais que viabilizem os meios de existência, sobrevivência e liberdade de ação e de influência da minoria, ou seja, torna-se imperioso também que a oposição minoritária tenha seus direitos reconhecidos e até mesmo exerça funções na condução das políticas públicas do país, pois, sabendo que não pode ser autoritária e respeitar as posições das minorias, a maioria passará a firmar compromissos para garantir os meios de convivência política (ATALIBA, 1987, p. 193).

Em outros termos, a essência da democracia se manifesta na *síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional* (PINTO FERREIRA, 1971, p. 195-196).

À legitimação da vontade da maioria, quando ocupa o centro gravitacional da democracia, contrapõe-se o respeito às minorias políticas, de forma que, de uma maneira metafórica, pode se dizer que o princípio majoritário se compara ao polo positivo das instituições democráticas, cuja antítese se consubstancia no princípio democrático, o seu polo negativo, sendo que ambos são igualmente indispensáveis ao esclarecimento do conceito da verdadeira democracia (PINTO FERREIRA, 1971, p. 195-196).

Dessa forma, a decisão acerca dos destinos e dos interesses da maioria não pode servir de pretexto para suprimir os direitos das minorias. Do contrário, a simples tirania dos números configuraria apenas o mais caricato despotismo, no qual não haveria sequer vestígios de democracia. Em outras palavras, a liberdade e a igualdade devem ser obsessivamente acolhidas nas decisões tomadas pela maioria, sob pena de a própria democracia ser a primeira vítima desse processo opressor (PINTO FERREIRA, 1971, p. 195-196)¹².

¹² Na referida obra, PINTO FERREIRA (1971, p. 195-196) traz à tona interessante ponderação do pensador inglês JOHN STUART MILL a respeito dos princípios democráticos: A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: “Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma

Nesta mesma esteira, ao abordar o atrito sistemático e constante em que se veem envolvidos democracia e direitos das minorias, Paulo Otero (2010, p. 53) elucida os quatro pressupostos que caracterizam o Estado de Direito democrático, pontificando que

(i) Na *soberania popular*, enquanto expressão sinónima do princípio democrático ou princípio da maioria, que funciona como fonte de legitimidade dos governantes, critério, decisão e fundamento do ordenamento jurídico-positivo interno ou, segundo a expressão constitucional, da “legalidade democrática”, sem embargo sempre da precedência conferida ao artigo 1.º à dignidade humana – é a soberania popular que se move no espaço da dignidade humana e não a dignidade que se encontra subordinada à soberania popular;

Desta forma, a democracia, reflexo da soberania popular, se insere dentro do contexto maior do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, que procura, de todas as formas, atender também aos anseios das minorias, subordinando-a, e não o contrário: o Estado de direito democrático não coloca a dignidade da pessoa humana na condição de meio, de mecanismo ou de instrumento para se atingir a democracia, mas esta é que se põe como meio para se concretizar a dignidade humana, no sentido amplo da expressão, em todas as suas formas de realização da personalidade do indivíduo, enquanto imagem e semelhança de Deus.

Outra circunstância envolvendo os direitos das minorias, que, em tese, se contrapõe ao princípio democrático, refere-se à crescente internacionalização do reconhecimento desses direitos e de sua tutela no âmbito internacional, tendo em vista a íntima relação que mantêm com os direitos humanos, colocando em xeque, além da democracia, a própria soberania do Estado.

Come anticipato, il tema del trattamento dei gruppi minoritariè inoltre affrontato nella prospettiva dei soggetti chiamati a stabilire le norme idonee a garantirne la protezione. Sotto quest'ultimo profilo, dall'esame in senso diacronico degli ordinamenti presi in considerazione emerge, in primo luogo, una evidente tendenza alla progressiva internazionalizzazione del diritto delle minoranze. Se, come scriveva A. Pizzorusso, nel 1967, le minoranze erano una questione di “diritto pubblico interno”, oggi il riferimento agli standard internazionali e sovranazionali di tutela è imprescindibile. Ciò è evidente, in particolare, in Europa, dove si registra una tendenza

opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro”. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas *Considerations on Representative Government*, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (“of true and false Democracy”): “A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria”.

all'armonizzazione dei sistemi e, al contempo, alla moltiplicazione dei soggetti chiamati a porre le regole¹³ (DICOSOLA, 2008, p. 04).

Nessa medida, o debate sobre os princípios democráticos e a defesa dos direitos das minorias ganha contornos internacionais, na medida em que se estende a toda comunidade mundial, haja vista, principalmente, o fato de que, após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, a centralidade passa a ser o indivíduo considerado em si, independente da nacionalidade, origem, religião, raça, cor ou sexo, de acordo com os ditames da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, demonstrando a perspectiva de que a vigilância sobre o respeito aos direitos humanos e aos direitos das minorias seria muito mais rígida e intransigente.

Razão pela qual tais exigências de cunho internacional foram caracterizadas pelo movimento de internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional, de forma que as cartas constitucionais dos países democráticos absorveram princípios de direitos humanos e fundamentais insculpidos em Tratados e Convenções Internacionais, de que eles foram signatários, ao mesmo tempo em que estes documentos foram erigidos a diplomas supraconstitucionais, é dizer, ganharam *status* de verdadeira constituição, coercitiva e juridicamente falando.

Dessa forma, o Estado brasileiro, participante assíduo das grandes discussões democráticas da comunidade internacional, não poderia ficar à margem do contexto e das decisões relativos aos direitos das minorias e da efetiva tutela deles, na medida em que a adoção de políticas públicas, visando à efetivação desses direitos por meio das ações afirmativas, corresponde, de forma incontestável, à observância do que, democraticamente, foi discutido no âmbito internacional. Tanto é verdade que o Brasil tornou-se signatário dos principais

¹³ Como antecipado, o tema do tratamento dos grupos minoritários é, ademais, desafiado pela perspectiva dos sujeitos chamados a estabelecer as normas idôneas a garantir a proteção. Sob esta última característica, do exame em sentido diacrônico dos ordenamentos tomados em consideração, emerge, em primeiro lugar, uma tendência evidente à progressiva internacionalização dos direitos das minorias. Se, como escrevia A. Pizzorusso, em 1967, as minorias eram uma questão de “direito público interno”, hoje a referência aos padrões internacionais e supranacionais de tutela é imprescindível. Isto fica evidente, particularmente, na Europa, onde se registra uma tendência à harmonização dos sistemas e, ao mesmo tempo, à multiplicação dos sujeitos chamados a impor as regras.

Tratados que tutelam os direitos das minorias, sobretudo a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Enfim, o fundamento jurídico da convivência pacífica entre as pessoas está na insistente procura do equilíbrio entre igualdade e diferença, entre democracia e Estado de Direito e, vale lembrar, o seu êxito somente poderá ser assegurado se se previrem instrumentos sempre modificáveis e flexíveis, adequados aos contextos em que vão operar, excluindo, portanto, medidas rígidas, cujas consequências poderão ser esdrúxulas e injustas.

2.2 Justiça e desafios democráticos em face das minorias

O processo democrático não é, devesas, algo estático, estável e cômodo. Pelo contrário, implica, invariavelmente, em construção e desconstrução, tese, antítese e síntese; em suma, é metamorfose; é transformação. Enfim, conforme ensina Marilena Chauí (1983, p. 07), longe de ser a mera conservação de direitos, é a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a reinstituição permanente do social e do político, o velho dando lugar ao novo.

Porém, a democracia não traduz o abandono ou o aniquilamento completo de tudo aquilo que foi edificado historicamente pela cultura humana. Indica, apenas, a reinterpretção do universal outrora instituído com o objetivo de estabelecer o novo universal a instituir-se. Ou melhor, o próprio conceito de democracia já sofreu inúmeras variações, em seu conteúdo prático, no decorrer da história da civilização humana, o que, de resto, reflete bem a complexidade do significado e do alcance envolvendo tão importante temática no presente contexto jurídico e político da hermenêutica constitucional das civilizações judaico-cristãs ocidentais.

O senso comum sempre nos remete à ideia de que a democracia – talvez pela raiz grega do termo – se coaduna com um conceito teórico do pensamento jurídico-político ocidental relativo à forma de governo, em que o poder é exercido do povo, para o povo e pelo povo, jargão este muitas vezes apropriado indevidamente pelos regimes totalitários da primeira metade do século XX.

Todavia, se nos detivermos um instante sobre o conceito atualizado de *democracia*, chegaremos à conclusão de que ela pode ser perfeitamente transposta da ciência política, vale dizer, das relações de poder entre o Estado e o cidadão, para o âmbito das relações individuais mais prosaicas.

Assim, neste sentido, a lição de Eligio Resta (2011, p. 120 e 121) é sempre lapidar:

Per il lettore assuefatto alle pagine analitiche dei teorici del pensiero giuridico-politico, democrazia è “forma di governo”, “gioco di maggioranza e minoranza”, gestione della “vita pubblica in pubblico”, il lettore ignora e quindi apprende con curiosità che si può dar nomi diversi a quel concetto. Così l’antropologia politica esce dalle secche delle ingegnerie istituzionali e “democrazia” diventa forma di convivenza che, quando si realizza, elimina ogni forma di arroganza e ogni delirio di onnipotenza¹⁴.

Democracia, então, abandona o seu posto original de regime de governo e começa a permear todos os meandros das relações privadas, em que todos, indistintamente, tornam-se-lhe destinatários. Este aspecto é fundamental para que se entendam e se adotem medidas positivas em face das minorias, pois, negá-las, pode, invariavelmente, consubstanciar uma atitude de inteira prepotência e opressão contra tais segmentos sociais.

A democracia possui por característica a constante mutação de formas e de conteúdos, de comportamentos e de valores, o que induz a afirmar que a sua natureza provisória contempla uma de suas faces mais salutares, porquanto prevê a possibilidade da minoria, um dia, se tornar maioria: *Essa vive della provvisorietà di formazioni come maggioranza e minoranza, anzi si giustifica per il diritto, oltre che per la speranza (passione negativa insieme alla paura), di ogni minoranza di divenire maggioranza*¹⁵.

Neste sentir, democracia é processo, é constante construção; é caminhada contínua na realização das utopias, o que não quer significar, aqui,

¹⁴ Para o leitor acostumado com as páginas de análise das teorias do pensamento jurídico-político, democracia é “forma de governo”, “jogo da maioria e da minoria”, gestão da “vida pública em público”, o leitor antes ignora e depois aprende, com curiosidade, que se podem dar diversos nomes àquele conceito. Assim, a antropologia política deixa os termos áridos da engenharia institucional e transforma a “democracia” em forma de convivência humana que, quando se realiza plenamente, elimina toda forma de arrogância e todo delírio de onipotência. (Tradução livre pelo autor).

¹⁵ Ela vive com uma formação provisória de maioria e de minoria, e assim é justificada pelo direito, bem como pela *esperança* (paixão negativa, juntamente com o *medo*) de toda minoria, um dia, se tornar maioria. (Tradução livre pelo autor).

mundo da fantasia, embora esta última exerça importante função diante daquelas, haja vista que, não obstante não possa traduzir-se em realidade, permite que a compreendamos (RESTA, 2011, p. 120): *È dunque consapevolezza di provvisorietà, di imperfezione e quindi di necessità dell'altro; consapevolezza perduta quando invece essa è ridotta esclusivamente a forma procedurale vuota e inane*¹⁶.

A atribuição que se deve dar, incondicionalmente, à democracia é, deveras, sua função pacificadora. Em outras palavras, embora existam várias posições ideológicas antagônicas convivendo lado a lado, em um ambiente democrático, em que se é permitido ter voz e vez, abre-se mão do espírito bélico e dá-se lugar ao uso incessante da palavra, o que permite a evolução do sistema democrático (RESTA, 2011, p. 120).

È il regime che non pretende consenso tant'è vero che vive della dialettica e del dissenso; ma proprio perché non elimina il dissenso merita consenso. Essa vive della singolare virtù, mai affermata una volta per tutte, ma da realizzare giorno per giorno, di ingannare la guerra sostituendola con le parole. Deve essere "interprete" saggia e sincera de questa metamorfosi che trasforma la distruttività in virtù de convivenza. Così, in termini psichici, è il contrario del fantasma di immortalità e di perennità all'opera nelle nazioni, nelle istituzioni, nelle imprese¹⁷.

[...] Prendere sul serio de parole significa non soltanto credere nelle promesse, ma anche affondare lo sguardo nella loro storia complessa. Del resto noi usiamo nel linguaggio di tutti giorni l'espressione *dare la parola* e non ci rendiamo conto che essa è la più grande metafora della democrazia: si partecipa prendendo e dando la parola in un gioco dialogante, ma si promette e si vive di fiducia nella promessa in un gioco di responsabilità comune. *Dare la parola* ci fa incrociare inattesi strati di senso. Ci apre a un riconoscimento del nostro interlocutore, ci avvicina a un senso della regola con cui una comunità distribuisce i suoi diritti, ci immette nel labirinto complicati della responsabilità e dei suoi vincoli. Mentre ci pone di fronte a un'etica della promessa, ci rimanda nello stesso momento alla sospensione dell'attesa; il vincolo che la parola instaura non potrà mai essere adeguatamente descritto da nessuna scienza, da nessuna teoria della comunicazione forse perché ne é l'intimo presupposto. In questo gioco della

¹⁶ É, portanto, consciência de provisoriedade, de imperfeição e, por conseguinte, de constante necessidade do outro; todavia, é consciência perdida quando ela se reduz exclusivamente à mera forma procedimental vazia e inútil. (Tradução livre pelo autor).

¹⁷ É o regime que não tem a pretensão do consenso, tanto é verdade que vive da dialética e do dissenso; mas, em virtude de não eliminar o dissenso, ela, a democracia, merece o consenso. Vive ela também de uma virtude singular nunca afirmada de forma definitiva, categoricamente, de uma vez por todas; mas em realizar, dia a dia, o ato de enganar a guerra, substituindo-a pelas palavras. A democracia deve ser "interprete" sábia e sincera desta metamorfose que transforma a destruição, no caso a guerra, em virtude de convivência. Assim, em termos psicológicos, é o contrário do fantasma da imortalidade e da perenidade que opera nas nações, nas instituições e nas empresas. (Tradução livre pelo autor).

sospensione e del vincolo che la parola instaura, al *dare* corrispondende un *predere* la parola¹⁸.

A importância de se *dar* a palavra a outrem configura a quintessência do jogo democrático, na medida em que permite aos demais atores sociais participar do processo de interpretação e reinterpretação das palavras proferidas e lançadas em debate, contribuindo para o aperfeiçoamento sempre constante do processo democrático, de maneira que a linguagem utilizada vai, aos poucos, se depurando e se tornando acessível ao mais comum do povo, o que, em última análise, proporciona um maior entendimento e, por consequência, uma maior participação popular, ampliando, sobremaneira, a base da pirâmide representativa: *La democrazia vive de “altre” interpretazioni e così abituata che ci vive a dar ascolto ad altre parole e ai diversi significati che alle parole possono essere attribuiti per arrivare, nei singoli contesti, ai linguaggi comuni*¹⁹ (RESTA, 2011, p. 120).

Tal diagnóstico, ironicamente, pode nos levar à conclusão de que aquilo que de fato existe não é a democracia em si, mas tão-somente um movimento, um desencadeamento de atos e fatos, ou seja, um processo de construção democrática. É a sensação de estar continuamente caminhando para a sua direção, sem que se possa atingi-la por inteira, de forma absoluta. A democracia se encerra, portanto, na plena liberdade desse eterno caminhar, ou seja, utopia e democracia seriam faces da mesma moeda.

No que se refere particularmente às minorias e à implementação dos direitos por elas pleiteadas, a questão da democracia é, não raro, posta em xeque, na medida em que surgem a ambiguidade e a dúvida em resolver a equação entre a

¹⁸ Levar a sério as palavras significa não apenas crer nas suas promessas, mas também aprofundar o olhar na complexidade de sua história. De resto, nós usamos na linguagem cotidiana a expressão *dar a palavra* e não nos damos conta de que ela é maior metáfora da democracia: participa-se tomando e dando a palavra em um jogo de diálogo, mas se promete e se vive a confiança na promessa em um jogo de responsabilidade comum. *Dar a palavra* nos faz cruzar as inesperadas camadas do sentido. Abre-nos a um reconhecimento do nosso interlocutor, aproxima-nos de um sentido das regras com que a comunidade distribui os seus direitos, coloca-nos no labirinto complicado da responsabilidade e dos vínculos dela. Enquanto nos põe de frente a uma ética da promessa, remete-nos, ao mesmo tempo, ao sentimento de suspensão do estado de espera; o vínculo que a palavra instaura não poderá jamais ser adequadamente descrito por nenhuma ciência, por nenhuma teoria da comunicação, até porque se encontra no íntimo pressuposto dela. Neste jogo do sentimento de suspensão e do vínculo que a palavra instaura, ao *dar* corresponde um *tomar* a palavra. (Tradução livre pelo autor)

¹⁹ A democracia vive de “outras” interpretações e, assim, habitua-nos a dar ouvidos às outras palavras e aos diversos significados que às outras palavras possam ser atribuídas para se chegar, nos contextos mais simples, às linguagens comuns. (Tradução livre pelo autor).

vontade da maioria, que, a princípio, encerra, na essência, o axioma democrático e o respeito aos e a efetivação dos direitos das minorias.

Essa colisão de interesses representa o momento pelo qual passa atualmente a realidade histórico-constitucional brasileira, isto é, luta-se, a todo custo, de um lado, pela consolidação plena do regime democrático, é dizer, pela reverência à vontade da maioria e, de outro lado, persegue-se, incessantemente, o implemento dos direitos das minorias. Na verdade, o pensamento de Luís Roberto Barroso é emblemático nesse sentido, ao asseverar que a democracia é o governo da maioria, com a participação da minoria e a existência de instrumentos que assegurem a alternância no poder (BARROSO, 2010a, p. 13)²⁰.

Ora, de que maneira se estabelece esta relação de equilíbrio no tocante aos interesses da maioria cotejados com os anseios das minorias no contexto do Estado Democrático de Direito, uma vez que nem sempre as decisões postas e impostas pelas forças hegemônicas espelham a concretização do valor “justiça” frente às minorias?

Nesta linha de raciocínio, é imperioso suscitar dois aspectos da justiça: o primeiro, sob a perspectiva formal; e o segundo, sob a perspectiva substancial de justiça ou equidade.

Chaïm Perelman (2005, p. 20 a 28), jusfilósofo belga, referenciado alhures, traz à tona, por meio de seis acepções, já citadas acima, o viés

²⁰ Nesta linha de raciocínio, imperioso trazer à colação o magistério de Geraldo Ataliba (1987, p. 194): *A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas. Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas. O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e às ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração. Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república. Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo. É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções. Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência.*

eminentemente formal de justiça. É inequívoco que o aspecto formal de justiça, tal qual proposto por ele, não responde às demandas sociais e políticas, haja vista que, implicitamente, o critério de aferição da vontade da maioria para legitimar o processo democrático tem estreita conexão com a variante formal de justiça. Aliás, o critério quantitativo de democracia, a saber, o governo da maioria, deita raízes na tradição iluminista dos revolucionários franceses dos séculos XVII e XVIII, ganhando força na Europa da Revolução Industrial do século XIX, em cujo contexto as sociedades daquelas épocas eram caracterizadas por seu caráter homogêneo, compacto e massificado, o que possibilitava a adoção lógica das decisões da maioria numérica de pessoas.

Todavia, nas sociedades pós-modernas, em que o pluralismo, a heterogeneidade e a fragmentariedade lhes são os atributos fundamentais, o acolhimento puro e simples das deliberações majoritárias entra em crise, eis que não satisfaz, com eficácia, as exigências sociais e políticas dos grupos ou comunidades de que é composto o todo social. Vale dizer, a transformação das sociedades de massa, próprias da era industrializada, para as sociedades civis, plurais e heterogêneas, requer a participação qualitativa dos atores sociais na tomada das decisões acerca da criação, manutenção e defesa dos novos direitos das minorias. Em outras palavras, a maioria não se deve arvorar, a partir de agora, como tutora dos interesses das minorias. Quem deve decidir a respeito dos direitos das minorias são as próprias minorias e o Estado Democrático de Direito tem a obrigação ética e jurídica de viabilizar os instrumentos para atingir tal desiderato.

Assim, o caráter normativo da Constituição transforma-se no parâmetro ético da realização concreta da justiça, o que significa dizer que, sendo os textos constitucionais a interface entre o direito e a ética, a ambição humana de fazer justiça tornou-se, *pari passu*, tangível, uma vez que valores realçados, por exemplo, pela CF/88, como a dignidade da pessoa humana, o direito ao trabalho digno, a vida, a liberdade, a igualdade, a justiça social, a segurança e o acesso universal à saúde e à educação, servem de moldura ao intérprete e ao aplicador do direito no ato de promover a justiça no plano concreto, no plano da realidade. Desse modo, o modelo flagrante de justiça substancial se faz pelo constante trabalho de interpretação e reinterpretação dos textos normativos constitucionais, extraindo-lhe o

conteúdo axiológico, a fim de proporcionar um elevado teor do justo às relações jurídicas levadas ao exame dos juízes e dos tribunais (GRAU, 2006, p. 85).

Cabe assinalar, neste momento, a título de ilustração, a definição dada por Kant, e referida por Bobbio (1997, p. 79), acerca da justiça e da equidade, a fim de traçar um paralelo de raciocínio entre justiça formal e justiça substancial. Senão, veja-se:

Por “equidade”, entende-se tradicionalmente a “justiça do caso concreto”, ou seja, aquela justiça que nasce não da adequação rígida a uma lei geral e abstrata, mas da adequação à natureza mesma do caso particular, que apresenta algumas peculiaridades com relação a circunstâncias de tempo, de lugar e outros [...]

Kant, adepto da teoria da justiça como liberdade, não obstante sua filosofia crítica sobrecarregada de elevado grau de abstração, chama a atenção pelo detalhe concreto atribuído à justiça, a saber, a equidade, que ultimamente tem forte aplicação prática no processo de hermenêutica jurídica, em que os rigores da lei são mitigados pela recorrência a ela.

Ao abordar a forma de solução dos casos difíceis (*hard cases*), Luís Roberto Barroso (2010a, p. 22 e 23), por sua vez, admoesta que:

Em todas as hipóteses referidas acima, envolvendo casos difíceis, o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. Como se registrou, são situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política. Mesmo admitida essa premissa – a de que o juiz, ao menos em certos casos, precisa recorrer a elementos extrajurídicos –, ainda assim se vai verificar que diferentes juízes adotam diferentes métodos de interpretação.

Mais à frente, conclui o ilustre professor fluminense, agora com certo tom de crítica ao pragmatismo jurídico, nestes termos (BARROSO, 2010a, p. 23):

Há juízes que pretendem extrair da Constituição suas melhores potencialidades, realizando na maior extensão possível os princípios e direitos fundamentais. Há outros que entendem ser mais adequado não ler na Constituição o que nela não está de modo claro ou exposto, prestando maior deferência ao legislador ordinário. Uma pesquisa empírica revelará, sem surpresa, que os mesmos juízes nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação. Seu método ou filosofia judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões. E aí surge uma nova variável, o resultado baseado não no princípio, mas no fim, no resultado.

Evidencia-se, portanto, o papel fundamental a que foi erigida a Constituição neste estágio de desenvolvimento jurídico no qual se vive atualmente, qual seja, uma ferramenta indispensável à concretização dos valores éticos em favor da justiça, sobretudo no que concerne aos direitos das minorias.

Nesse passo, entra em cena o personagem principal da contemporânea peça democrática, o Poder Judiciário, protagonista do reconhecimento e da efetivação desses direitos, principalmente pela circunstância de que, com arrimo no magistério de Eduardo Appio (2009, p. 06), o ativismo judiciário somente tem vez quando imprescindível sua atuação na defesa das minorias:

Sustento que somente nos casos de tutela dos direitos das minorias é que se revela admissível, do ponto de vista da teoria política, o ativismo judiciário. Ou seja, que a comunidade deve decidir, de forma direta e indireta, acerca de políticas públicas, inclusive em áreas sensíveis como do direito à saúde e à educação, o mesmo valendo para a exata extensão dos direitos correlatos à Previdência Social.

Aliás, as funções modernas e as novas atribuições do Poder Judiciário na presente quadra constitucional não ocorreram em virtude do acaso ou da coincidência, mas são frutos de um longo e intenso processo histórico.

Nesse sentido, forçoso reconhecer a evolução histórica em relação à preponderância das funções tripartidas do Estado. Com efeito, o Estado liberal-burguês, pós-Revolução Francesa e hegemônico no século XIX e no início do século XX, revelou a primazia do Poder Legislativo, no caso, legítimo representante dos ideais da burguesia, encarnados e legitimados pela lei, vontade suprema da maioria, enfim o Estado Legislativo de Direito. Em momento posterior, no Estado do bem-estar social (*Welfare State*), cujos marcos foram a Constituição mexicana de 1914 e a Constituição alemã de 1917, o Poder Executivo tornou-se proeminente em face do Legislativo e do Judiciário, tendo em vista que foi necessária uma atuação de maior contundência desse Poder para implementar as políticas atinentes à garantia dos direitos sociais aos indivíduos, reputados de segunda dimensão, tais como o trabalho, a saúde, a educação e a Previdência Social, ou seja, foi a proeminência do Estado Social de Direito. E, por fim, no Estado Democrático de Direito, que emergiu após o fim da Segunda Grande Guerra, na Europa continental, em que o Poder Judiciário toma para si a tarefa de decidir sobre e interferir diretamente nas políticas

públicas concernentes à promoção da dignidade da pessoa humana, em virtude precipuamente do vácuo deixado pela inércia – às vezes perpetrada intencionalmente – dos demais poderes.

Outrossim, a correlação entre o ativismo do Judiciário, o reconhecimento e a implementação das políticas públicas endereçadas às minorias salta aos olhos, pois, amiúde, o Poder Judiciário age, contramajoritariamente, com o objetivo de assegurar certos direitos e garantias atinentes aos homossexuais, aos negros, aos indígenas, às crianças e aos adolescentes, aos idosos, às mulheres vítimas de violência doméstica, aos estrangeiros, aos portadores de necessidades especiais, às populações nômades e aos presidiários.

A intervenção do Judiciário resulta muito mais eficaz, haja vista que, se se fosse obedecer aos trâmites legislativos formais para elaborar, aprovar e alterar quaisquer disposições de lei e o Executivo pô-las em prática, à espera de uma ação estatal em benefício das minorias e dos grupos vulneráveis, em consonância com a vontade da maioria, fatalmente os direitos desses segmentos da sociedade jamais seriam concretizados, eis que as discussões levadas ao Parlamento sobre tais demandas não teriam sequer início.

Insta salientar, por conseguinte, que o conceito contemporâneo de democracia não representa, em essência, a observância apenas da vontade da maioria, mas, sim, obriga reconhecer as reivindicações das classes postas à margem da sociedade, cujas pretensões, via de regra, continuam sendo sufocadas pela tradição histórica da civilização capitalista ocidental.

Ainda que se faça uma leitura superficial dos textos positivados pela Carta Constitucional de 1988, percebe-se, à exaustão, que o constituinte propiciou abertura participativa a várias parcelas de cidadãos, pelo que reconhece o caráter plúrimo do povo brasileiro, na medida em que a Constituição materializou-se em amplo espaço de discussão e contraposição de valores, no qual se travam debates sobre assuntos de interesse para o presente e para o futuro do país, configurando-se em uma genuína dialética dos agentes sociais engajados nos desafios de nossa época.

Com efeito, a Constituição está aberta ao reconhecimento e à incorporação de novos valores, consolidados ou a consolidar-se, no transcorrer dos tempos, sobretudo no que tange às angústias expressadas pelas minorias. A partir de tal perspectiva, dela emana a mais autêntica expressão dos valores democráticos, pois dá azo à participação de todos os atores sociais e políticos que colaboram para o desenvolvimento do Brasil como nação.

Na linha de raciocínio a ser seguida, quando se objetiva uma definição substancial para a justiça, não há como não concordar com o entendimento segundo o qual os valores insculpidos no texto constitucional fazem tangenciar, como já foi referido, o direito e a ética, o direito e a moral e o direito e a justiça. Com efeito, o padrão de maior amplitude e magnitude ética na incessante e incansável busca pela justiça, seja ela social, distributiva ou comutativa, hodiernamente, é, sem dúvida, a efetivação dos valores constitucionais. Enfim, a Constituição é o ponto de encontro entre o Direito e a Justiça, porquanto representa os anseios e os valores de dada comunidade política, em constante processo de interpretação e reinterpretação das normas que a compõem.

Destarte, vem à mente, uma vez mais, o magistério de Norberto Bobbio, consoante o qual, no momento em que se vive, não mais se discute acerca dos fundamentos dos direitos, cujo fim pode resultar em nenhuma utilidade prática para a vida das pessoas – até porque as normas constitucionais possibilitam vasta gama de interpretações e construções jurídicas, prevendo um extenso arcabouço de direitos já reconhecidos –, mas, sim, acerca da real efetivação e concretização desses direitos estabelecidos. Em outras palavras, as discussões sobre o fundamento dos direitos, que ocupou a agenda de juristas e jusfilósofos ao longo dos séculos, não é a preocupação fulcral da pós-modernidade. O que está em jogo é a efetivação dos direitos já existentes, entre os quais aqueles direcionados às minorias.

CAPÍTULO 03

A NECESSIDADE, A IMPORTÂNCIA E A OBRIGAÇÃO DE SE EFETIVAREM POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALDADE POR MEIO DE DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS

“A primeira igualdade é a justiça”.

Victor Hugo

Falar em ações afirmativas necessariamente conduz aos elementos que as fundamentam. Nesta ordem, visualizam-se, pelos menos, quatro categorias essenciais de destaque que servem para embasar ética e juridicamente as políticas públicas de posturas positivas em face das minorias e dos grupos vulneráveis, de um modo geral, e os negros, indígenas, deficientes e homossexuais, de uma forma específica: justiça compensatória ou reparativa; justiça distributiva, com amparo nos direitos fundamentais e nos direitos humanos; promoção do pluralismo; e o fortalecimento da identidade e da autoestima do grupo favorecido (SARMENTO, 2010, p. 154).

Sendo assim, o caráter reparativo, ou seja, a noção de justiça compensatória em torno dos negros, torna-se necessário e urgente, sobretudo pelo fato de serem trazidos do continente africano para a América na condição de escravos²¹, o que, inegavelmente, os submeteu a um processo profundo de estigma, preconceito e discriminação, e os colocou à margem do progresso econômico e social do Brasil, nestes seus mais de quinhentos anos de história, principalmente em relação à educação, à cultura e ao trabalho.

²¹ Na realidade, nenhum país americano praticou a escravidão em tão larga escala como o Brasil. Do total de cerca de 11 milhões de africanos deportados e chegados vivos nas Américas, 44% (perto de 5 milhões) vieram para o território brasileiro num período de três séculos (1550-1856). O outro grande país escravista do continente, os Estados Unidos, praticou o tráfico negreiro por pouco mais de um século (entre 1675 e 1808) e recebeu uma proporção muito menor -, perto de 560.000 africanos -, ou seja, 5,5% do total do tráfico transatlântico. No final das contas, o Brasil se apresenta como o agregado político americano que captou o maior número de africanos e que manteve durante mais tempo a escravidão (ALENCASTRO, 2010, p. 01).

O argumento da justiça compensatória é o de que a situação social terrível dos negros, hoje, deve-se a um histórico de discriminações no passado que remonta ao tempo da escravidão. Portanto, é justo que a sociedade de hoje os compense, não só em razão de injustiças sofridas por seus antepassados, mas, sobretudo, porque os efeitos destas injustiças continuam ainda os atingindo na atualidade. [...] Não há como ignorar que a situação desfavorável dos negros hoje na sociedade brasileira tem relação direta não só com a escravidão, mas com a discriminação de que foram e continuam sendo vítimas após a abolição da escravatura. Ademais, a afirmação da injustiça desta compensação se lastreia numa premissa excessivamente individualista, que ignora a possibilidade da existência de relações entre grupos, que podem inclusive assumir uma dimensão intergeracional e dar margem ao surgimento de direitos coletivos, titularizados também por grupos. Por isso, o argumento de justiça compensatória parece-nos, no mínimo uma razão coadjuvante para a adoção das medidas de discriminação positiva (SARMENTO, 2010, p. 154 e 155).

Outro enfoque que fundamenta uma atitude positiva do Estado e da sociedade diz respeito à justiça distributiva, é dizer, o Estado e a sociedade têm o dever ético, político e jurídico de proceder à distribuição equânime do conjunto de bens produzidos por essa mesma sociedade, eliminando, cada vez mais, os níveis de exclusão que insistem em deixar de lado segmentos importantes que também trabalham para o crescimento e desenvolvimento do país.

[...] A constatação empírica da situação de terrível desvantagem social dos negros em geral, hoje, justifica a adoção de medidas que tentem favorecê-los perante os brancos, visando a distribuir melhor os bens socialmente relevantes, para que, amanhã, as relações raciais sejam mais equitativas. As políticas de caráter universalista, embora possam reduzir a pobreza e promover significativas melhoras sociais, não atacam esta disparidade entre as etnias, razão pela qual devem ser complementadas por medidas de ação afirmativa, se realmente se pretende promover a igualdade substantiva entre as raças. Os defensores do argumento distributivistas aduzem que a redução das desigualdades produz também benefícios para a sociedade como um todo, gerando bem-estar geral, eis que reduz os ressentimentos e tensões que a profunda injustiça na distribuição de ônus e vantagens entre as diferentes etnias tende a produzir no meio social (SARMENTO, 2010, p. 155).

Nesse contexto, o reconhecimento e a efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, arrolados ou não no artigo 5.º da CF/88, em cujo bojo a igualdade ganha destaque para o presente estudo, bem como aqueles encontrados nos tratados e convenções internacionais submetidos à internalização pelo Poder Legislativo brasileiro, que consubstanciam a essência dos Direitos Humanos, principalmente no que tange ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção contra a Tortura, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as

Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança, conforme já referenciado anteriormente.

Ainda por fundamento de implementação de discriminações positivas, evidencia-se a promoção do pluralismo e da diversidade, atributos inerentes à civilização pós-moderna ocidental, em que a democracia, a partilha e a participação no poder político, bem como a defesa dos direitos das minorias ganha *status* de dever de proteção e de defesa pelo Estado contra as investidas da maioria, o que, em última análise, lança um olhar para o futuro, para o porvir, não devendo tal intento, porém, negligenciar o passado.

[...] No Brasil, vivemos numa sociedade multi-étnica e pluricultural, e esta é uma das maiores riquezas do nosso país. Porém, para que todos se beneficiem desta riqueza, é preciso que exista contato real e paritário entre as pessoas integrantes das diferentes etnias. É preciso, enfim, romper com um modelo informal de segregação, que põe o negro sistematicamente em posições subalternas, privando inclusive o branco de nível social mais elevado da possibilidade de conviver com ele de igual para igual e de aprender com o conhecimento dos seus valores, da sua cultura e das suas experiências. [...] Portanto, as instituições que põem em prática políticas de ação afirmativa lucram com a diversidade racial, tornando-se mais abertas e arejadas. Assim, pode-se dizer que de alguma maneira o branco também se beneficia da ação afirmativa promovida em favor do negro (SARMENTO, 2010, p. 155).

E, de arremate, ressalte-se também a questão do fortalecimento da identidade e da autoestima do grupo favorecido pelas ações afirmativas, de forma que tal fundamento possui forte conotação moral, visto que se apega ao campo do reconhecimento, à semelhança do argumento do pluralismo, ao passo que os dois primeiros se fixam no âmbito da distribuição.

[...] a ação afirmativa não se relaciona apenas com a justiça no campo da distribuição, mas também com a justiça na esfera do reconhecimento. De fato, as políticas de ação afirmativa produzem o efeito de quebrar os estereótipos negativos. A sua aplicação enseja o aumento do número de afrodescendentes bem sucedidos, ocupando posições de destaque na sociedade. Desta forma, os negros passam a ter exemplos de outros negros em que se inspirar, o que favorece a sua identidade. Isto os auxilia a deixarem de se ver e de serem vistos como “naturalmente” talhados para funções subservientes, tidas socialmente como menos nobres (SARMENTO, 2010, p. 156).

Aliás, diferente não foi a intenção do legislador pátrio em determinar na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei Federal n.º 9394/96, a obrigatoriedade de lecionar a cultura e a história africana nos estabelecimentos de

ensino fundamental e médio, público e privados, reconhecendo, portanto, a importância da influência negra no processo de formação da sociedade brasileira²².

3.1 Ações afirmativas, pós-modernidade e pluralismo

Oportuno constatar que não deve ser objeto de equívoco considerar idênticas as políticas de ações afirmativas com o sistema de cotas para negros nas universidades públicas e para o acesso aos cargos e empregos públicos, confundindo-se assim a parte com todo, a espécie com o gênero, de modo que, quando se trata de discriminações positivas, são apresentados, a rigor, quatro modelos de implementação de políticas de igualação: o sistema de cotas fixas, considerado o mais radical e incisivo de todos; o sistema de cotas flexíveis, em que se levam em conta a renda e a classe social à qual o indivíduo pertence; o sistema de bônus ou de preferências, no qual se acrescenta uma nota adicional à média final do candidato ao posto disputado; e, por fim, o sistema de incentivos fiscais e os programas de distribuição de renda pelo Estado.

A necessidade, a pertinência, a imprescindibilidade e a obrigação de o Estado moderno e a sociedade contemporânea levarem a efeito políticas públicas de discriminações positivas ou ações afirmativas em prol das referidas minorias ou grupos considerados vulneráveis não se fundamentam em meras palavras soltas de

²² Artigo 26. Os currículos do ensino fundamental e médio devem ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela. [...] § 4.º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, especialmente das matrizes indígena, africana e européia.

Artigo 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena. ([Redação dada pela Lei n.º 11.645, de 2008](#)). § 1.º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil. ([Redação dada pela Lei n.º 11.645, de 2008](#)). § 2.º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras. ([Redação dada pela Lei n.º 11.645, de 2008](#)).

Artigo 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como 'Dia Nacional da Consciência Negra'. ([Incluído pela Lei n.º 10.639, de 9.1.2003](#))

discursos político-partidários ou de modismos sociológicos que não resistem ao primeiro embate lógico-científico. É algo muito mais profundo e complexo.

A função do Estado na luta contra discriminações injustas e preconceitos intolerantes se adequa ao período de transição e às mudanças de paradigma que a civilização presencia, por conta, especificamente, da acelerada difusão das novas tecnologias, capitaneadas pela rede mundial de computadores, do acesso a meios de transportes cada vez mais eficientes, do incremento dos novos meios de produção industrial, da informação em tempo real e, finalmente, da circulação, sem barreira, de grande volume de capitais nos mercados financeiros globais, o que causa impacto não só no comportamento individual, mas também no coletivo.

Em um primeiro momento, durante a Idade Média, podia-se visualizar a preponderância do religioso sobre o político, o econômico e o social, sendo certo que o poder concentrado da Igreja comandava as ações dos indivíduos e da coletividade, de maneira que a ética católica ditava as regras relativas, por exemplo, aos comportamentos de natureza econômica, em que o lucro e a usura eram sistematicamente condenados pela fé cristã, em vigor à época, o que, de certo modo, influenciou nas demais relações sociais da vida medieval europeia.

Dessa forma, a primazia na organização da sociedade, nos primórdios da Idade Média, na Europa, o religioso subordinava todos os outros aspectos ou elementos da vida social, a saber: o político, o social, o econômico e o cultural.

O mundo pré-moderno caracterizava-se pela presença de um centro, que fornecia toda a orientação necessária para o agir humano. Na Grécia Antiga, este centro era a *polis*, e na Idade Média, ele estava na Igreja. Ademais, acreditava-se na existência de uma ordem natural e universal, e de que cada ser tinha nela um lugar próprio, em princípio imutável, que determinava seu caráter, sua natureza e suas finalidades. Antes da Modernidade, escasso era o valor atribuído ao indivíduo, visto como uma parte no corpo social, a partir de uma perspectiva eminentemente organicista da sociedade. Aliás, sociedade não é o termo correto para designar os agrupamentos sociais de então, que estavam mais próximos ao conceito de comunidade, pois os vínculos que uniam as pessoas eram considerados inatos e naturais, sendo extremamente fortes os laços sociais e o respeito às tradições (SARMENTO, 2006b, p. 36).

Entretanto, com o florescimento do humanismo e do antropocentrismo²³, inaugurado pelo movimento Renascentista italiano, vindo a culminar com a concentração do poder político nas mãos dos monarcas absolutistas, a partir de meados do século XV, sobretudo pelo advento da obra do florentino *Nicollà Machiavelli*, denominada *Il Principe*, aliado à necessidade burguesa de influenciar o poder político em favor de seus interesses comerciais, quando então o conceito de nação se difundiu pela Europa, resultando no recrudescimento do poder papal, percebe-se, nitidamente, a prevalência do político em face do religioso, do econômico e do cultural, de modo que o monarca concentra em suas mãos poderes absolutos sobre a vida social e individual, não encontrando limites de ordem jurídica para controlar os seus atos.

O poder soberano do Estado, encarnado na pessoa do rei, em última análise, deteve para si a hegemonia do domínio das relações pessoais e sociais, uma vez que lhe arrogaram todos os meios de domínio da sociedade: o religioso, o social, o econômico e o cultural.

No entanto, tal modelo político, de fato, exauriu-se, haja vista que não encontrou mais apoio na classe burguesa, que viu, no poder despótico do rei, um empecilho incômodo às suas ambições econômicas, de modo que se apropria dos ideais iluministas dos séculos XVII e XVIII, sobre os quais constrói o edifício do

²³ Em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, cuja proposta era o estudo do pensamento do filósofo francês Pierre Teilhard de Chardin, a Professora Hildegard Taggesill Giostri (1996) sintetiza este retorno da Humanidade para homem como centro do Universo: *É ele um co-partícipe da evolução e não um mero elemento perdido nas oscilações cósmicas. (P.II). Centro, reflexo, refluxo e conseqüência desta evolução (1996, p. 178). [...] Para Teilhard de Chardin houve, na evolução do Homem, um momento de culminante importância e ao qual ele deu o nome de **hominização**, querendo referir-se à transição do uso apenas do instinto para o uso da reflexão (1996, p. 181 e 182). [...] Assim, após uma evolução lenta, porém progressiva, o Homem saído de sua fase meramente instintiva passa a ter a posse da inteligência e, com ela, vem a reflexão. Todo o seu comportamento e toda a sua vida de reflexão começam a mudar a partir daí. A posse de inteligência **representa para o Homem um avanço radical em relação a toda a Vida antes dele** (1996, p. 182). [...] Dentro de uma mesma caminhada evolutiva houve um momento então, em que o Homem distanciou-se, diversificou-se das demais formas que até aquele momento lhe eram de alguma maneira similares. Pela posse da inteligência, houve não só **simples mudança de grau, - mas mudança de natureza -, que resulta de uma mudança de estado** (1996, p. 183) [...] Essas mudanças, tanto internas como externas, podem ser observadas ao nosso redor também hoje, ou a qualquer momento que a queiramos ver, pois são elas o produto do conhecimento acumulado ao longo dos séculos, a partir daquele momento mágico, quando o Homem pode dispor da tríade Inteligência – Pensamento – Reflexão (1996, p. 184). [...] O Homem, alfa e ômega da criação, centro, reflexo e refluxo do Universo é, pois, um ser em evolução e, por conseguinte, em constante mutação. Esta mutação ocorre, basicamente, devido à sua acomodação histórico-cultural e ideológica: é a resultante da eferescência das suas múltiplas experiências que, após vivenciadas, o jogam, sucessiva e continuamente, para novos horizontes (1996, p. 185). (grifos da autora).*

liberalismo econômico, cujas consequências foram a Revolução Gloriosa na Inglaterra, em 1688, a Independência Americana, em 1776, a derrubada do poder absolutista na França, em 1789, com a Revolução Francesa, e a consequente implantação do modelo liberal.

De corolário, desencadeou-se o movimento de industrialização da Europa, em cuja circunstância pode-se notar a hegemonia do econômico perante o cultural, o político, o social e o religioso, para a qual a ética protestante, segundo Max Weber, teve enorme relevância, na medida em que o lucro e o acúmulo de bens já não eram mais concebidos como pecado capital, pelo contrário, eram sinais de salvação e de plenitude.

A Modernidade corresponderá à aposta na razão secular e na ciência como meios para promoção do progresso e da emancipação do Homem. Tributária do Iluminismo, a Modernidade envolve um projeto civilizatório antropocêntrico, que valoriza acima de tudo a pessoa humana, considerada como agente moral dotado de autonomia e capaz de ações racionais. O ideário moderno é universalista, pois visa a todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas ou culturais (SARMENTO, 2006b, p. 37).

Substituiu-se, então, o paradigma político do poder absoluto pelo econômico e social, dentro do qual nota-se a presença de novas categorias estranhas ao regime anterior: classes sociais e riqueza, burguesia e proletariado, sindicatos, greves, estratificação e mobilidade sociais, desigualdade e redistribuição.

Na política, a Modernidade se identifica com os valores de liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, em torno dos quais foi erigido o Estado Moderno. As duas grandes ideologias que dividiram o mundo no século XX, liberalismo e socialismo, realizaram leituras diferentes destes mesmos valores, mas deles não se afastaram. São ambas, portanto, essencialmente modernas, indiscutíveis legados do Iluminismo. Da mesma forma, os direitos humanos, a limitação do poder dos governantes e a legitimação deste poder pelo consentimento dos governados são noções típicas da Modernidade. Embora seja possível remontar a antes da Ilustração para traçar a pré-história destas importantíssimas idéias, o fato é que a sua afirmação concreta se dá no Estado Moderno, que foi construído sob a égide do ideário iluminista (SARMENTO, 2006b, p. 37).

Em arrimo a este entendimento, faz-se pertinente a elucidação feita pelo professor Fernando de Brito Alves (2010, p. 49 e 50), da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), segundo o qual

O projeto moderno ganhou força inigualável com os avanços da ciência e no projeto comum de luta contra o dogmatismo religioso e o antigo regime, todavia quando na medida em que as realizações práticas foram

substituindo as promessas, o prestígio do projeto moderno começou a erodir. Alguns autores, ainda no século XIX (dentre os quais os fundadores da sociologia), eram bastantes críticos com relação ao projeto moderno, chegando Weber a afirmar que o resultado final do projeto moderno seria uma “jaula de ferro” capaz de conduzir a uma sociedade inflexível, onde não haveria espaço para o sonho humano (cf. Villa, 2000).

Nesta linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que, mais de dois séculos após a tomada do poder pela burguesia, com passagem obrigatória pela Revolução Industrial, pelas duas Grandes Guerras, pela depressão econômica desencadeada em 1929, pela ascensão e queda da União Soviética, pela Guerra Fria, necessária se faz a assunção de um novo paradigma, em razão de não poder-se mais voltar ao político e, principalmente, de as questões culturais terem conferido, a nós, certo grau de importância que o pensamento social deve orbitar em torno delas (TOURAINÉ, 2007, p. 09).

Na sociedade industrial, as técnicas de produção definiam o modelo social de produção. No mundo da informação, a seu turno, as técnicas de produção são socialmente neutras e não têm consequências sociais inevitáveis. Neste contexto, portanto, diminui-se o alcance interno das fábricas, externalizando-as e fragmentando sua produção pelo mundo afora, com o claro objetivo de desvalorizar e subestimar o elemento trabalho nas demandas e nos intercâmbios sociais: a globalização econômica pulverizou as reivindicações da classe trabalhadora, de sorte que, para ela, o conceito de classe social torna-se insuficiente e fraco quando exige qualquer tipo de mudança. Deve-se, pois, dar vez a categorias gerais, em que se questionam as condições de certos indivíduos, a sobrevivência do planeta e a diversidade das culturas.

No entanto, discute-se hoje a crise da Modernidade, e há quem fale no advento de uma Era Pós-Moderna. Afirma-se que a Modernidade falhou nos seus objetivos, pois não conseguiu resolver ou minimizar os problemas da Humanidade, nem dar respostas para as questões que são verdadeiramente importantes para as pessoas. Segundo alguns, o ideário da Modernidade teria se exaurido no século XX, com a constatação da impotência do seu discurso e das suas propostas grandiloquentes para enfrentar os problemas emergentes em uma sociedade hipercomplexa, globalizada, fragmentada e descentrada. Na sociedade pós-industrial, característica da Era Pós-Moderna, o poder e a riqueza passam a residir não mais na propriedade dos meios de produção, mas na posse de conhecimento e de informações, que, diante dos avanços tecnológicos, circulam com velocidade impressionante. Mas o volume das informações disponíveis é tamanho, que, como num paradoxo, acabamos todos condenados à superficialidade. A estética substitui a ética e a aparência torna-se mais importante que o conteúdo. São tantos os caminhos possíveis, tão múltiplas as variáveis, tão complexos os problemas, que não

é mais factível programar uma direção, um sentido unívoco para o comportamento individual ou coletivo. O pensamento moderno, com sua obsessão pela generalização e racionalização, ter-se-ia tornado imprestável para compreender o caos das sociedades contemporâneas (SARMENTO, 2006b, p. 37 e 38).

Assim, os princípios constitucionais que regem a implantação das políticas afirmativas devem ser lidas e relidas à luz dos novos modelos sociais, para os quais Alain Touraine (2007, p. 10) define os prognósticos que surgem neste período pelo qual passa a humanidade, principalmente o processo de globalização econômica e cultural, a percepção da violência e das guerras e dos sistemas de repressão:

Todas estas observações convergem para o mesmo ponto: a decadência e o desaparecimento do universo que chamávamos “social”. Juízo que não deve causar surpresa, já que milhões de pessoas deploram a ruptura dos laços sociais e o triunfo de um individualismo desorganizador. É preciso aceitar como ponto de partida da análise esta destruição de todas essas categorias “sociais”, desde as classes sociais e os movimentos sociais até as instituições ou as “agências de socialização”, nome que foi dado à escola e à família ao definir a educação como socialização. Esta perda de centralidade das categorias “sociais” é tão radicalmente nova que sentimos dificuldade em renunciar às análises sociológicas a que estávamos habituados. Não é fácil falar de uma análise “não social” da realidade social.

As ordens políticas nacional, regional e local não conseguem controlar a economia globalizada, na qual se constata o triunfo do individualismo desorganizador em detrimento dos laços sociais e a destruição de todas as categorias sociais, ou seja, das classes sociais, dos movimentos sociais, do sindicalismo, da escola e da família, de forma que as sociedades políticas começam agora a ser organizadas sob a legitimidade desse “não social”, representado pelo interesse individual, pelo medo, pela violência e pela liberdade pessoal.

Os antigos referenciais já não respondem às nossas necessidades, às nossas ansiedades e às nossas angústias. Até a lei da oferta e da procura, lei de ouro dos mercados, já não faz mais sentido ante o complexo mundo do mercado financeiro global. Assim, o social é substituído pelo cultural. Melhor dizendo: a coletividade e os direitos sociais dão vez ao indivíduo e aos direitos culturais.

A sociedade fragmenta-se em comunidades fechadas em si mesmas, fazendo o movimento contrário do final do século XIX, em que as comunidades evoluíram para a sociedade. Atualmente, não obstante o papel administrativo e econômico do Estado nacional tenha crescido exponencialmente,

ele foi ultrapassado, de longe, pela globalização e pela – no caso europeu – constituição da União Europeia. Somem-se a tais circunstâncias a diminuição da repressão no papel de formação, de educação e de controle moral do Estado, o progresso da ciência e da tecnologia, bem como as conquistas do individualismo consumista e hedonista. Chega-se, portanto, ao diagnóstico de que o Estado nacional perdeu o posto de quadro da identificação coletiva.

O modelo do *Welfare State* europeu já não é mais suficiente e eficaz para reduzir as desigualdades sociais, que aumentaram até nos países mais ricos e igualitários. Tome-se como exemplo a atual conjuntura econômico-social pela qual atravessa a Europa neste início de década, sendo flagrante que as reivindicações sociais são levadas a efeito pelas classes médias, que ainda exercem certo poder de pressão sobre os organismos do Estado.

Todavia, as classes mais pobres e marginalizadas pela miséria sequer são vistas, quiçá ouvidas. Os partidos políticos, sobretudo os de esquerda, pós-1968, não conseguem atender aos anseios dos grandes movimentos sociais a contento, de forma que se pode concluir que, nas sociedades política, econômica e social, se falava em “atores sociais” e nos respectivos “movimentos sociais”. Na sociedade cultural, por sua vez, fala-se em “sujeitos pessoais” e em “movimentos culturais”.

No indivíduo, são colocadas todas as esperanças contra a opressão das forças organizadas pela nova fase do capitalismo mundial, em que a globalização da economia gerou um fragmentarismo sem precedentes na história universal. As reformas, às quais se submeteram os países europeus no pós-guerra, estavam mais direcionadas às reivindicações sociais, às condições de trabalho, à dignidade do ser humano, do que nos Estados Unidos, de forma que este modelo europeu, principalmente o alemão, se converteu em um entrave para as ambições dos mercados internacionais.

Neste contexto de mudanças, o Direito também não fica imune às influências desencadeadas pelos novos ventos que açambarcam as estruturas edificadas por séculos de tradição jurídica. Daniel Sarmiento (2006b, p. 40-42), em

tom de crítica e angústia, após uma radiografia precisa do momento em que se vive, preleciona que:

As projeções do pós-modernismo sobre o Direito são ainda controvertidas e incertas, mas alguns pontos podem ser destacados, por integrarem o denominador-comum entre diversas correntes do pensamento pós-moderno. Em primeiro lugar, desponta a aversão às construções e valores jurídicos universais, apontados como etnocêntricos, o que se aplica, por exemplo, aos direitos do homem. Prefere-se o relativismo ao universalismo, destacando a importância das tradições locais na identidade humana e revalorizando as experiências jurídicas das culturas não ocidentais. Ademais, o Direito pós-moderno é refratário à abstração conceitual e à axiomatização: prefere o concreto ao abstrato, o pragmático ao teórico, e rejeita as grandes categorias conceituais do Direito moderno (“direito subjetivo”, “interesse público” etc.). O Direito não vai mais ser concebido como ciência, mas como prudência, num retorno às idéias pré-modernas sobre o *jus*. São revigoradas certas concepções antigas sobre o Direito e a Justiça, com o retorno da tópica e da retórica jurídicas. Por outro lado, o monismo jurídico, fundado no monopólio da produção de normas pelo Poder Público, abre espaço para o pluralismo, através do reconhecimento das fontes não estatais do Direito, cujo campo de regulação tende a ser ampliado com a crise do Estado, catalisada pelo processo de globalização. Abandona-se a idéia do ordenamento jurídico completo e coerente, estruturado sob a forma de uma pirâmide, que teria no vértice a Constituição. A imagem que melhor corresponde ao ordenamento é a de rede, em razão da presença de inúmeras cadeias normativas, emanadas das mais variadas fontes, que se entrelaçam numa trama complexa, a qual reflete a caoticidade do quadro jurídico-político envolvente.

Prossegue, ainda, o referido doutrinador que o Direito Pós-Moderno tem a pretensão de ser mais flexível e adaptável às contingências sociais (*soft law*), destacando-se, sob tal ótica, o sistema autopoietico preconizado por Niklas Luhmann e Günther Teubner, cuja inspiração remete aos estudos dos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, o que, em última análise, teria o condão de fazer com que o Direito retornasse à pura forma, sem qualquer conteúdo ético, à semelhança da vertente mais radical do positivismo jurídico (SARMENTO, 2006b, p. 41 e 43).

Semelhante também é a constatação dele a respeito do Direito Constitucional hodierno, de maneira que a realidade, segundo a qual prevaleceram os aspectos social e econômico, perdurou, com vigor, após a Segunda Guerra. Todavia, a partir da década de 1970, com o advento de sucessivas crises econômicas ocasionadas pela elevação exponencial do preço do petróleo, passando pelos anos de 1980, a década perdida, com a crise da dívida externa de vários países do Terceiro Mundo, e chegando à década de 1990, com a implantação do modelo econômico neoliberal, o desmonte do Estado do bem-estar social foi

inevitável, de modo que todas as conquistas sociais angariadas historicamente no século vinte se tornaram objeto de supressão ou, até mesmo, eliminação, não obstante a declaração em diversos textos constitucionais, entre os quais o da Constituição Federal Brasileira de 1988, dos direitos sociais.

No que respeita ao Direito Constitucional, o pós-modernismo vai se revelar francamente incompatível com o projeto da Constituição dirigente, que, sob a sua ótica, encarnaria uma visão totalitária, por subtrair a liberdade de ação das instâncias da sociedade, mas também quixotesca, porque desconhecadora dos limites da regulação jurídica sobre o universo econômico, político e social. De fato, se o próprio conceito liberal de Constituição já não parece compatível com a visão pós-moderna, a rejeição se intensificará em face da noção de constituição pragmática, que traça rumos para a comunidade política com pretensões de transformação do *status quo*. Tal concepção será associada pelos pós-modernos às metanarrativas utópicas, por eles tão desprezadas (SARMENTO, 2006b, p. 43)²⁴.

Não obstante o ceticismo da análise levada a efeito acima, sem deixar de considerar as mudanças ocorridas nos últimos anos em nível mundial, Sarmento assevera que não se devem aceitar passivamente as fatalidades do Pós-Modernismo, na medida em que os ideais da Modernidade e do Iluminismo (liberdade, igualdade, democracia e solidariedade) sequer foram exauridos, principalmente nos países em desenvolvimento, onde eles encontrariam terreno fértil para a sua implementação, pelo que o Constitucionalismo tem e terá relevância ímpar e as ações afirmativas, no conjunto dos instrumentos à disposição desse movimento, serão imprescindíveis à efetivação daqueles ideais.

Isso não importa, evidentemente, em negar as evidências que se impõem aos nossos olhos, como a reemergência do pluralismo jurídico, o etnocentrismo latente no discurso jurídico hegemônico, ou a capilaridade da opressão, mascarada pela forma impessoal do direito estatal. Mas, diante destes dados da realidade, não se deve abandonar o projeto da Modernidade, de emancipação através da razão, mas corrigir os desvios de rumo deste projeto, tornando-o ainda mais abrangente e inclusivo. [...] De qualquer forma, parece-nos evidente que o esvaziamento do Direito e da Constituição, propugnados por certas correntes do pós-modernismo, são propostas perigosíssimas, sobretudo nos estados periféricos e subdesenvolvidos, como o Brasil, onde largos setores da população ainda vivem no arcaísmo pré-moderno. Jamais fomos modernos e, de repente, seríamos pós-modernos (interessa a quem?). Soa paradoxal que no Brasil,

²⁴ Sarmento (2006b, p. 43) conclui seu pensamento citando J.J. Canotilho: “Neste quadro, a constituição pós-moderna vai ser concebida, em termos tendenciais, como ‘(...) um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas” (CANOTILHO, *Direito constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, p. 14).

exatamente na época em que, findo o ciclo autoritário, consolida-se a ascensão da Constituição à condição de norma jurídica, pretenda-se reduzi-la a pó, na esteira do pensamento pós-moderno, desprezando-se a sua dimensão substantiva e o seu potencial emancipatório (SARMENTO, 2006b, p. 45 e 46).

Aliás, o posicionamento doutrinário-filosófico de Sarmento vem ao encontro das reflexões críticas difundidas por Jürgen Habermas relativamente à transição da Modernidade para a Pós-Modernidade, na qual a razão instrumental que, na modernidade, teve primazia sobre a razão crítica, agora dá lugar ao místico, conforme se pode extrair do delineamento feito por Alves (2010, p. 50 e 51):

No contexto de evidente crise da modernidade, surgem posturas teóricas contrastantes. Alguns autores como Habermas chegam a afirmar que o projeto da modernidade é inacabado, mas com o futuro, ainda que seja necessário determinar seus rumos, ele deve sobreviver. Outros mais pessimistas como Michel Leiris²⁵ chegam a proclamar a derrocada definitiva da modernidade como proposta e a sua substituição por outra, que seria a pós-modernidade. É certo, contudo, que a racionalidade trinominal²⁶ da modernidade vem sofrendo transformações profundas, por exemplo, ante a impossibilidade de construção de uma “história universal”, a racionalidade ética vem sendo substituída por uma racionalidade estética. Vattimo²⁷

²⁵ Michel Leiris - Paris (1901-1990). Antropólogo e bacharel em Filosofia. Frequentou os círculos surrealistas, movimento a que formalmente aderiu em 1924, juntamente com André Breton e Georges Bataille. No entanto, desliga-se rapidamente desta paixão da juventude, dirigindo para a antropologia e para a etnografia os seus interesses e de onde surgirão os seus fundamentais contributos. Já nestes novos caminhos assume, em 1929, com Marcel Griaule, a secretaria de redacção da revista de arte e etnografia *Documents*, dirigida por Bataille. Pouco depois, é oficialmente nomeado secretário-arquivista e investigador da Missão Etnográfica e Linguística Dacar-Djibuti. No regresso desta longa viagem (1931-33) é nomeado responsável pelo Departamento da África Negra no Trocadéro. Desta experiência africana resulta a publicação do seu primeiro livro de relevo, *L'Afrique Fantôme*, em 1934, que combina, originalmente, um estudo etnográfico com o seu projecto autobiográfico, quebrando, assim, com o estilo tradicional da disciplina. Nesse mesmo ano torna-se etnógrafo do Museu do Homem, em Paris, onde se mantém até 1971. Em 1943 torna-se ainda investigador no Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), na capital francesa, do qual será seu director a partir de 1968. Leiris mantém sempre uma estreita ligação às questões políticas, nomeadamente às coloniais, como prova a sua ida, em 1945, à Costa do Marfim em denúncia do escravagismo nas colónias francesas, ou a sua activa participação no comité editorial da revista *Les Temps Modernes*, dirigida por Sartre. O etnógrafo envolve-se ainda na questão argelina e é um dos primeiros signatários da Declaração pelo Direito à Insubmissão na Guerra da Argélia, de 1960, um manifesto de apoio à luta contra o poder colonial na Argélia. O envolvimento político irá ainda ser determinante nas suas reflexões, como o texto “O etnógrafo perante o colonialismo”, sobre a relação entre o etnógrafo, o país colonizado e o necessário desvirtuamento do estudo científico decorrente dessas relações de autoridade. Michel Leiris tem dezenas de livros publicados: estudos etnográficos, ensaios políticos, biografias e poesia. Fonte: <http://www.buala.org/pt/autor/michel-leiris>. Acesso em 24.02.2012.

²⁶ O autor, aqui, faz referência, ancorado no magistério de Boaventura de Souza Santos (2002, p. 50), aos dois pilares da Modernidade: o da regulação e o da emancipação. O primeiro diz respeito a três princípios básicos: Estado, mercado e comunidade, cujas teorias foram desenvolvidas, respectivamente, por Hobbes, Locke/Adam Smith e Rousseau; ao passo que o segundo, o pilar da emancipação, refere-se a três racionalidades: a estética, a instrumental e a prática.

²⁷ Gianni Vattimo è nato nel 1936, a Torino, dove ha studiato e si è laureato in Filosofia; ha poi seguito due anni i corsi di H. G. Gadamer e K. Loewith all'università di Heidelberg, e ha studiato con Hans-Georg Gadamer e Luigi Pareyson. Dal 1964 insegna all'Università di Torino, nella quale è stato

afirmará, por exemplo, que a filosofia não pode, nem deve, ensinar para onde nos dirigimos, e sim a viver na condição de quem não se dirige a parte alguma (1986). A racionalidade instrumental e pragmática perde lugar para o retorno da mística como alternativa de forma de explicação da vida e organização da sociedade, de sorte que os movimentos religiosos, segundo Gilles Kepel²⁸, tanto no discurso quanto na prática, são produtos de uma

Preside, negli anni '70, della Facoltà di Lettere e Filosofia. È stato "visiting professor" in alcune università americane (Yale, Los Angeles, New York University, State University of New York) e ha tenuto seminari e conferenze in varie università di tutto il mondo. Negli anni Cinquanta, insieme a Furio Colombo e Umberto Eco, ha lavorato ai programmi culturali della Rai-Tv, conducendo tra l'altro il programma settimanale politico-informativo "Orizzonte". È membro dei comitati scientifici di varie riviste italiane e straniere; è socio corrispondente dell'Accademia delle Scienze di Torino. Ha diretto la "Rivista di Estetica". Ha ricevuto lauree honoris causa da numerose università del mondo. È Grande ufficiale al merito della Repubblica italiana (1997). Attualmente è vicepresidente dell'Accademia da Latinidade. È (ed è già stato, tra il 1999 e il 2004) deputato al Parlamento europeo. Nel 2006, Vattimo ha raccontato la sua vita a Piergiorgio Paterlini, autore dell'autobiografia "a quattro mani", pubblicata da Aliberti (*Non Essere Dio*). Fonte: http://www.giannivattimo.it/menu/f_biografia.html. Acesso em: 24.02.2012.

Gianni Vattimo nasceu em 1936, em Turim, onde estudou e se laureou em Filosofia. Depois prosseguiu por dois nos cursos de H. G. Gadamer e K. Loewith na Universidade de Heidelberg e estudou com o mesmo Hans-Georg Gadamer e com Luigi Pareyson. Em 1964 leciona na Universidade de Turim, na qual foi Presidente, nos anos de 1970, da Faculdade de Letras e Filosofia. Foi professo visitante em algumas universidades americanas (Yale, Los Angeles, Universidade de Nova Iorque, Universidade do Estado de Nova Iorque) realizando seminários e conferências em várias universidades pelo mundo todo. Nos anos cinquenta, juntamente com Furio Colombo e Umberto Eco, trabalhou nos programas culturais da RAI-TV, conduzindo, entre outros, o programa semanal político informativo "Orizzonte". É membro dos comitês científicos de várias revistas italianas e estrangeiras; é sócio correspondente da Academia de Ciência de Turim. Dirigiu a "Rivista di Estetica". Recebeu o título de *honoris causa* de numerosas universidades pelo mundo. É *Grande ufficiale al merito* da República italiana (1997). Atualmente é vice-presidente da Academia de Latinidade. É (e já foi, entre 1999 e 2004) deputado do Parlamento europeu. Em 2006, Vattimo narrou a sua vida a Piergiorgio Paterlini, autor da autobiografia *a quattro mani*, publicada por Aliberti (Não ser Deus). (Tradução livre pelo autor).

²⁸ Gilles Kepel, né le 30 juin 1955 à Paris, est un politologue français, spécialiste de l'islam et du monde arabe contemporain. Il est professeur des universités à l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris et membre de l'Institut universitaire de France. Il est diplômé d'arabe et de philosophie, il a deux doctorats, en sociologie et en science politique. Il a aussi enseigné à la New York University en 1994, à la Columbia University, également à New York, en 1995 et 1996, et *Philippe Roman professor of History and International Relations* à la London School of Economics en 2009-2010. Auteur de nombreux ouvrages, depuis son premier livre *Le Prophète et le Pharaon / Les mouvements islamistes dans l'Égypte de Sadate*, paru en 1984, ses publications sont traduites dans le monde entier. Il contribue régulièrement au Monde, au New York Times, à La Repubblica, El País et plusieurs médias arabes. Depuis janvier 2012, Gilles Kepel tient une chronique le jeudi matin sur la radio France Culture intitulée "Le monde selon Gilles Kepel" consacrée au monde arabe contemporain après les révolutions et bouleversements de l'année 2011. Gilles Kepel est membre du haut-conseil de l'Institut du monde arabe et directeur des études au programme sur le Koweït (Kuwait Program) à l'IEP. Fonte: http://fr.wikipedia.org/wiki/Gilles_Kepel. Acesso em: 24.02.2012.

Gilles Kepel, nascido em 30 de junho de 1955 em Paris, é um politólogo francês, especialista em islamismo e em mundo árabe contemporâneo. É professor do Instituto de Estudos Políticos (IEP) da Universidade de Paris e membro do Instituto universitário da França. É pós-graduado em estudos árabes e filosofia e tem dois doutorados: em sociologia e em ciência política. Ensinou também na Universidade de Nova Iorque em 1994, na Universidade de Columbia, também em Nova Iorque, em 1995 e 1996, e foi professor de História e Relações Internacionais de Philippe Roman na Faculdade de Economia de Londres em 2009-2010. Autor de numerosos trabalhos, desde seu primeiro livro *O profeta e o faraó/Os movimentos islâmicos no Egito de Sadat*, publicado em 1984, suas publicações foram traduzidas pelo mundo todo. Contribui regularmente para o Le Monde, New York Times e La Repubblica, El País e demais meios de comunicação árabes. Desde janeiro de 2012, Gilles Kepel possui uma crônica às quintas-feiras de manhã na rádio France Culture intitulada *O mundo conforme Gilles Kepel* dedicada ao mundo árabe contemporâneo após as revoluções e mudanças no ano de

desordem na razão que as nossas categorias tradicionais não podem explicar e ocupam um papel tão importante quanto o movimento operário de outrora (cf. Villa, 2000). Embora seja possível discordar de Habermas da idéia de que a modernidade é um “projeto inacabado”, mas com futuro, verifica-se que ela, tanto como projeto quanto como ideologia, tem se instalado na periferia do sistema capitalista, de forma que as espacialidades outrora insignificantes têm assumido (tardiamente) o projeto moderno na esperança da emancipação, que ela já provou não ser capaz de garantir.

Embora houvesse resistências, que acreditavam na força política do papel do Estado na condução da economia e na manutenção do *Welfare State*, o capitalismo de índole especulativo-financeira, triunfou. Aquela foi, aos poucos, sendo regulada por leis essencialmente econômicas apenas, e não mais por normas, princípios ou regras jurídicas ou sociais. O Estado deixou de cuidar das áreas sociais e se preocupou cada vez mais em atrair investimentos e estimular as exportações, enquanto as empresas se interligavam ao sistema capitalista financeiro globalizado.

A decadência do social e do político, que não conseguem dar solução às novas necessidades do indivíduo, abre lugar agora à ação individual para contornar os problemas relativos à globalização, aos mercados, à guerra e à violência.

Em contraponto a esta situação exsurge o Estado transformador, no qual o Poder Judiciário se destaca em relação aos demais poderes do Estado, para dar respostas aos desafios propostos pela pós-modernidade, tendo em vista, agora, a divisão da sociedade em grupos e não mais em classes. Cabe mencionar, nesta fase, a importância do reconhecimento dos direitos fundamentais, cuja ausência em um texto constitucional o descaracterizaria por completo.

Nesta fase, portanto, a tônica é a consagração de termos como o multiculturalismo, a diversidade, a representatividade, minorias, grupos vulneráveis, tolerância, pluralismo, seletividade, igualdade, equidade, fraternidade, solidariedade, identidade e prestação constitucional.

O que estamos vivendo é a *destruição da sociedade*, ou seja, da visão *social* da vida social, do conjunto de categorias nas quais estamos vivendo como numa armadura há mais de um século. Vemos desmoronar ao redor

2011. Gilles Kepel e membro do alto conselho do Instituto do mundo árabe e diretor dos estudos para programas sobre o Kuwait no IEP.

de nós sociedades de produção e de lutas sociais, cujo dinamismo nos deu diversos séculos de dianteira em relação ao resto do mundo. É normal que muitos não percebam senão as ruínas de um edifício tão grandioso. Eu próprio insisto constantemente no retorno da violência e da guerra e sublinhei o triunfo do mercado sobre o trabalho e a criação. Mas, diante destas nuvens negras que cobrem parte importante de nosso céu, percebo também a presença cada vez mais luminosa de uma modernidade cujos princípios (a crença na razão e o reconhecimento de direitos individuais universais) afirmam-se por sobre as ruínas dos sistemas sociais (TOURAINÉ, 2007, p. 92).

Aliás, neste mesmo sentido, isto é, acerca da proteção das minorias tendo em vista a nova realidade que se impõe, outra não é a preocupação reiterada da União Europeia frente às demandas propugnadas pelos setores minoritários do cenário europeu, com fundamento no pluralismo subjacente à pós-modernidade:

Questo nuovo approccio politico e filosofico al tema delle minoranze basato sull'ottica del pluralismo culturale viene progressivamente recepito sul piano giuridico ed il tema della diversità e del mantenimento delle caratteristiche identitarie delle minoranze è stato oggetto di numerose discussioni ed interventi legislativi sia nei paesi dell'Unione europea che a livello del diritto europeo (HAIDER, 2008, p. 03)²⁹.

Assim, a agenda que discute as reivindicações dos setores marginalizados da sociedade não é só privilégio dos países periféricos. Pelo contrário, até mesmo na Europa e nos Estados Unidos, sobretudo em relação aos direitos dos imigrantes, sempre volta à tona o reconhecimento e a efetivação dos interesses das minorias.

Apesar de indicar um quadro de crise, de ruptura, de transição e de quebra de paradigma, com todas as implicações que desses fatos advém, nota-se, entretanto, que os meios pelos quais a sociedade fará uso com o objetivo de superar os desafios impostos pela pós-modernidade encontram-se, sobretudo, no reconhecimento e na efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, em cujo rol subjaz a igualdade, realidade esta desde sempre ambicionada como efetivação de justiça, em face da qual as ações afirmativas se apresentam como mecanismo necessário à realização desse ideal.

²⁹ Esta nova aproximação política e filosófica com o tema das minorias baseado na ótica do pluralismo cultural vem progressivamente sendo recepcionada no plano jurídico e o tema da diversidade e da manutenção das características identitárias das minorias foi objeto de numerosas discussões e intervenções legislativas, seja nos países da União Europeia, internamente, seja a nível do direito comunitário europeu. (Tradução livre pelo autor).

Portanto, salienta o autor acima citado que a contestação dessa situação de coisas, ou seja, o domínio do econômico sobre a sociedade, será feita em termos não sociais, uma vez que as instituições que revelam o social, a exemplo dos sindicatos, dos partidos políticos, da família e das igrejas, por meio de seus intelectuais, assumiram uma postura eminentemente conformista ao atual sistema. Ele enxerga que, pelo menos, três movimentos considerados como não sociais serão capazes de modificar os efeitos nefastos da globalização econômica capitaneada pelos mercados financeiros globais: a ecologia, o novo feminismo e o individualismo, entendendo-se aqui, neste último ponto, a afirmação do indivíduo como sujeito, o indivíduo consciente de seu valor e da importância de suas atitudes frente aos desafios da nova ordem mundial.

3.2 A evolução e a morfologia do Estado e do Direito em face das ações de políticas públicas voltadas à promoção da igualdade

Põem-se, em destaque, neste particular, a evolução do Estado e do Direito, bem como dos valores que lhes dão forma e conteúdo, sempre com vistas ao lema que norteou os revolucionários franceses do século XVIII: *liberté, égalité e fraternité*.

Dessa forma, de início, é proveitoso tecer alguns comentários em relação à primeira fase do Estado moderno, pós-Revolução de 1789, cujo ideário se fundamentava, invariavelmente, no postulado da liberdade individual. Nesta perspectiva, temos a presença do Estado ordenador, ou seja, o poder estatal é claramente delimitado pelos representantes do povo, eleitos diretamente por seus pares, a fim de garantir as liberdades civis e políticas do cidadão, em cujo contexto o Estado e suas instituições teriam apenas um papel ausenteísta em relação à sociedade, e para cuja consecução o Direito teria função de regular, cada vez mais, os limites do poder estatal em favor do cidadão e, cada vez menos, as relações intersubjetivas entres eles. Neste primeiro momento, o Poder Legislativo exerce tarefa fundamental, eis que reflete a vontade do povo, e é a representação popular que dá legitimidade às leis editadas por seus membros.

Porém, a experiência Liberal não atingiu seus objetivos de Justiça, ou seja, não promoveu a felicidade de todos, mas tão-somente de parte dos

integrantes da sociedade, a saber, a burguesia. Filha dessa conjuntura caótica, nasce o Estado do bem-estar social, ou o *Welfare State*, fundamentado agora no valor da igualdade, cuja função primordial se concentra em promovê-la e em corrigir os desnivelamentos sociais produzidos pelo Liberalismo econômico radical.

Assim, podemos afirmar, ainda que timidamente, que o Estado do bem-estar social foi a primeira manifestação das ações afirmativas, ao pôr em prática conceitos que visavam à implementação de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais da classe trabalhadora. Enfim, o Estado sai da letargia e da inércia política, social e econômica, e passa a influir, cada vez mais, nas relações entre os indivíduos, reconhecendo, entre eles, diferenças, de ordem social e econômica, que lhes reduzem drasticamente a margem de liberdade, principalmente na relação capital e trabalho.

Nesse plano, surge com vigor o Direito do Trabalho e os Direitos Sociais que asseguram aos trabalhadores uma rede de proteção social, assumida pelo Estado, nas áreas de saúde, educação e previdência social, dando a eles igualdade de condições na relação capital e trabalho. Dessa forma, nota-se a presença do Estado promovedor, diante do qual o Poder Executivo exerce forte influência na realização dessas políticas públicas destinadas à proteção da classe operária.

Esta realidade perdurou, com relativo êxito, após a Segunda Guerra. Todavia, a partir da década de 1970, repita-se, com o advento de sucessivas crises econômicas ocasionadas pela elevação exponencial do preço do petróleo, passando pela década de 1980, a década perdida, com a escalada da dívida externa de vários países do Terceiro Mundo, e chegando à década de 1990, com a hegemonia do modelo econômico neoliberal, o desmonte do Estado do bem-estar social foi inevitável, de modo que todas as conquistas sociais angariadas historicamente no século XX se tornaram objeto de supressão ou, até mesmo, eliminação, não obstante a declaração em diversos textos constitucionais, entre os quais o da Constituição Federal Brasileira de 1988, dos direitos sociais.

Em contraponto a esta situação, exsurge o Estado transformador, em que o Poder Judiciário se destaca em relação aos demais poderes do Estado,

para dar respostas aos desafios impostos pela pós-modernidade, tendo em vista, agora, a divisão da sociedade em grupos e não mais em classes.

Cabe mencionar, nesta fase, a importância do reconhecimento dos direitos fundamentais, cuja ausência em um texto constitucional o descaracterizaria por completo. Neste contexto, portanto, a tônica é a consagração de valores relacionados ao multiculturalismo, à diversidade, à representatividade, às minorias, aos grupos vulneráveis, à tolerância, ao pluralismo, à seletividade, à igualdade, à equidade, à fraternidade, à solidariedade, à identidade e à prestação constitucional.

E é nessa perspectiva que as ações afirmativas – ou a discriminação positiva – ganham *status* constitucional e entram no centro da discussão jurídica e política da atual quadra, de modo que se constituem em instrumentos indispensáveis à realização do valor da igualdade no atual paradigma da pós-modernidade.

3.3 A igualdade

Discorrer sobre igualdade não é tarefa fácil, independentemente da ênfase que se quer dar a ela, seja filosófica, política ou jurídica. Diagnóstico este a que se chega por meio de uma simples análise das escolas de pensamento, desde a Antiguidade, pelos gregos e romanos, perpassando as Idades Média e Moderna, pela Patrística, Escolástica e Iluministas, até os nossos dias, pelos liberais, marxistas e neoliberais.

Antes de tudo, porém, é pertinente dizer que o antônimo de igualdade não é diferença, mas desigualdade, ou seja, para tratar a todos igualmente, devem-se levar em conta as diferenças entre os seres e os grupos, a fim de que não se produzam desigualdades.

A igualdade, ao lado da ordem e da liberdade, sempre foi objeto dos mais variados pensadores no que tange ao desenvolvimento das mais diversas vertentes das teorias da Justiça. É dizer, as reflexões feitas por filósofos e jusfilósofos, sobretudo a partir do Iluminismo, se sustentaram sobre os alicerces desses três valores: a igualdade, a liberdade e a ordem. Ou seja, cada um deles, fiel à sua visão de mundo, fundamentava o seu pensamento sobre o que é Justiça a partir e tendo em vista um desses três conceitos. Por exemplo, Thomas Hobbes se

fixa mais no ideal de Justiça como ordem. Immanuel Kant, por sua vez, vê na liberdade a essência fundamental do valor Justiça. E Jean-Jacques Rousseau, por fim, visualiza na igualdade o cerne da Justiça.

Entretanto, estas três concepções de Justiça, de índole individualista e jusnaturalista, não são suficientes para o enfrentamento dos desafios da Era pós-Industrial, pois, atualmente, com base nas teorias desencadeadas por Jürgen Habermas, Hans Kelsen e John Rawls, o conceito de Justiça transitou do individual para o social, do personalíssimo para o coletivo e do subjetivo para o objetivo.

Retomando, pois, a complexidade que envolve o conceito de igualdade, pode-se ressaltar que a estrutura normativa adotada pela CF/88 vai além da concepção bidimensional da norma jurídica proposta por Dworkin, na qual a norma, gênero, é concebida nas dimensões regra e princípios, para avançarmos para uma conceituação ainda mais sofisticada, próxima das elaborações formuladas por Alexy, que as denomina por tridimensional: regras, princípios e valores.

Neste particular, o valor ou o preceito fundamental da igualdade estaria presente de forma difusa em diversas partes do texto constitucional, mas de forma especial no artigo 3.º e seus incisos, como objetivo de toda a ordem jurídica constitucional.

Já o princípio da igualdade estaria previsto explicitamente no *caput* do artigo 5.º, materializando-se historicamente por meio da ideia de isonomia.

Quanto à regra da igualdade, estaria disposta em diversas partes do texto constitucional em que este impõe comandos específicos para a realização do valor igualdade em harmonia com as balizas inerentes ao princípio da isonomia (artigo 7.º, XX e artigo 37, VIII, da CF/88, por exemplo).

Desse modo, é imperioso destacar uma nova classificação do ideal de igualdade com vistas à efetivação do valor Justiça no contexto hodierno, sem perder o horizonte do tema central da presente pesquisa, qual seja, a discriminação positiva em favor de grupos marginalizados na sociedade dos dias de hoje.

3.3.1 A igualdade formal

Núcleo duro dos ideais revolucionários franceses, aplicada a todo custo pelos liberais durante a Revolução Industrial do século XIX, resulta como corolário do Estado de Direito, é dizer, do Estado liberal-burguês, cujo lema se traduz no seguinte axioma: *todos são iguais perante a lei*, o que, em última análise, exige a omissão estatal nas relações intersubjetivas, culminando com a reprodução, em progressão geométrica, das desigualdades sociais.

Igualdade em sentido formal está, invariavelmente, associada à noção de que se vedam as desequiparações irrazoáveis e ilegítimas. Conforme já foi mencionado alhures, a igualdade em sentido formal teve a origem de seu conceito no Estado Liberal, e era a forma de desequiparação que se fazia para eliminar os privilégios do *ancien régime* em favor da nobreza e do clero. Surge, portanto, como marco das Revoluções Liberais (inglesa, americana e francesa). Passa, em um primeiro momento, a ser compreendida como igualdade perante a lei: é a ordem dirigida ao juiz e ao intérprete da lei, segunda a qual, ao aplicarem um diploma legal ao caso concreto, não podem tratar desigualmente quem se encontra na mesma posição ou condição fática ou jurídica; e, em um segundo momento, como igualdade na lei: comando agora direcionado ao legislador que, ao elaborar os dispositivos de lei *in abstracto*, não pode promover desequiparações irrazoáveis e ilegítimas.

Uma observação, todavia, poder ser arguida: somente as desequiparações irrazoáveis e ilegítimas é que não podem ser objeto das decisões políticas do juiz e do legislador, mas nada impede, por outro lado, que as desequiparações razoáveis e legítimas possam ser aceitas pelos ordenamentos jurídicos. Aliás, *a própria OIT, dando acolhida a essa teoria das necessidades do negócio (business necessity), elaborou a convenção de n.º 111, a fim de atestar a sua regularidade e conformidade com os princípios gerais de direito* (SILVA, 2002, p. 07).

Em outras palavras, a igualdade formal pressupõe uma prestação negativa ou abstenção do Estado nas relações sociais, ou melhor, é a encarnação do Estado mínimo, do *laissez-faire* e do *laissez-passer*. O princípio da igualdade perante a lei, de um lado, se constituiria na singela criação de um espaço neutro, dentro do qual as virtudes e as capacidades dos indivíduos poderiam se desenvolver

livremente. Os privilégios, noutra direção, representavam, neste sentir, a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, suscetíveis de criarem desigualdades artificiais e, nessa medida, intoleráveis. Enfim, segundo esse conceito de igualdade, que veio dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie.

As realidades jurídica e política, contudo, demonstraram que, da forma em que foi elaborada, ou seja, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica não representa mais do que mera ficção, haja vista que, aos poucos, a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornarem acessíveis – a quem era socialmente desfavorecido – as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Dessa forma, em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições. Forçoso dizer, portanto, que seria a adoção de uma concepção substancial da igualdade, que levasse em conta, em sua operacionalização, não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação.

3.3.2 A igualdade material

Corolário do Estado Social de Direito, a igualdade substancial, ou material, agora postula redobrada atenção por parte dos aplicadores da norma jurídica à variedade das situações individuais, de forma que se promovam a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas pelo modelo liberal da igualdade formal.

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

Consequência das reivindicações que resultaram na implantação do Estado Social, ou do bem-estar social, denota a participação ativa do Estado nas relações sociais, sobretudo interferindo incisivamente na seara econômica, a fim de corrigir as distorções geradas pela ideologia liberal-burguesa, haja vista também a forte influência do pensamento marxista do século XIX. Resume-se a igualdade material com os seguintes termos: *todos são iguais através da lei*, o que revela uma maior complexidade se comparada à igualdade formal, na medida em que abrange a discussão e a criação legislativas, bem como o processo de interpretação, aplicação e integração do Direito. Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes, o ser humano individual e concreto.

É a igualdade de distribuição, tributária do Estado Social, em face do qual não basta somente proteger os indivíduos contra os abusos perpetrados pelo Estado, em uma acepção vertical, mas se torna necessário defendê-los contra o abuso do poder econômico por parte de outros indivíduos mais poderosos, em uma relação horizontal, de modo que, progressivamente, a ordem jurídica começa a desenvolver uma rede de proteção em favor das classes mais vulneráveis social e economicamente falando. Neste sentido, está ligada a igualdade material à ideia de oferecimento de oportunidades às pessoas, o tanto quanto for possível, sendo certo que era preciso assegurar a redistribuição das riquezas produzidas pela sociedade, a fim de que todos tivessem as mesmas chances e, a partir de então, pudessem desenvolver melhor sua personalidade e suas potencialidades, não só em benefício próprio, mas também de toda a coletividade.

Flávia Piovesan (1998, p. 130) assevera que,

do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo «especificado», considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

Ou seja, o *indivíduo especificado*, portanto, será o alvo dessas novas políticas sociais. O Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da

convivência entre os homens e passa a atuar ativamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

Essa busca da igualdade material, em sociedades flagrantemente desiguais, a exemplo do Brasil, perpassa inexoravelmente pelo Estado. Primeiro, porque diz respeito às prestações de serviços públicos adequados e de qualidade que possam atender às demandas dos cidadãos por saúde, educação, moradia, saneamento básico e segurança pública, em um conjunto ordenado e coordenado de projetos e ações, ou seja, tudo aquilo que, teoricamente, faz parte de uma vida civilizada e razoável, de modo que, se não existir um direito individual a qualquer um desses bens acima elencados, exista, pelo menos, o direito público subjetivo a uma política pública para a implementação gradual de efetivação desses bens, a fim de que futuramente a sociedade não venha a sofrer novamente com a falta de planejamento de alguns pontos estratégicos de desenvolvimento do país, como a educação, por exemplo.

Segundo, além da prestação de serviços públicos de qualidade, entre as noções ligadas à igualdade material, foi desenvolvido na Alemanha o conceito ético-jurídico do *mínimo existencial*. Ou seja, a fim de que os indivíduos pudessem viver com dignidade e, desta forma, eles pudessem participar de uma maneira minimamente informada e esclarecida do processo democrático, do debate público, é preciso, antes de tudo, assegurar essas condições mínimas de saúde, educação, trabalho, moradia, renda mínima, assistência social e, naturalmente, acesso à justiça.

Traduzindo em outros termos, se o Estado e a sociedade assegurarem as condições mínimas de vida, será permitida a participação maior da população nos assuntos da vida política do Estado e da sociedade, fenômeno este que, em última análise, geraria o que se denomina de círculo inacabado de igualdade.

3.3.3 A igualdade como reconhecimento

A igualdade como reconhecimento, a qual se constitui em uma nova e moderna dimensão da igualdade, está mais diretamente vinculada ao tema das ações afirmativas, haja vista que, correntemente, tinha-se a perspectiva, até certo

ponto ingênua, sob a óptica marxista, de que a humanidade caminhava para uma situação de plena igualdade entre as pessoas e todos, indistintamente, trabalhavam e cooperavam para tal desiderato.

Em verdade, este era o real projeto para cuja direção se dirigia o ideal de igualdade, ou seja, lutava-se para que o outro fosse igual a nós. Todavia, nós não nos dávamos conta de que o outro, muitas vezes, não estava interessado em ser igual a nós. Queria ele apenas preservar a sua identidade e seu meio de vida. Enfim, presunçosamente, passávamos a falsa concepção de que o nosso mundo era melhor do que o dele.

Nesta perspectiva, a igualdade deixou para trás aquela conotação eminentemente econômica e redistributiva, para passar a ter aquela dimensão associada à identidade do outro, o respeito à identidade do outro, de maneira que seria então necessário garantir o direito do outro a ser diferente, se ele assim o desejasse, ou se não lhe restasse outra alternativa.

Destarte, desenvolve-se, modernamente, a cultura de que o outro, o de outra religião, o de outra raça, o de outro sexo ou de outra orientação sexual, tenha o direito de ser como era e que, portanto, o discurso tornou a ser o do direito à diferença e não mais a busca da homogeneidade, razão pela qual a igualdade se volta para o reconhecimento de que todos têm o direito de serem sujeitos de direitos, bem como de serem tratados com igualdade dentro de sua identidade e de suas diferenças. Nesse contexto, foi produzida uma frase de extrema sabedoria do professor português Boaventura de Souza Santos (2001, p. 28), segundo a qual *as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.*

Portanto, passa-se a conviver com dois conceitos diversos de igualdade que, necessariamente, não se excluem, mas, ao contrário, se complementam: o conceito de igualdade redistributiva, tributária à noção do Estado Social, e o de igualdade como reconhecimento, ligada à noção do Estado Social e Democrático de Direito.

O conceito de igualdade como reconhecimento possui justificativas filosóficas, a saber, se determinado grupo for discriminado ou for visto como inferior,

as pessoas pertencentes a ele também se sentirão, à maneira de seu grupo, discriminadas. É dizer, a forma com que os outros grupos veem estes grupos marginalizados, conseqüentemente, se refletirá na autoestima deste grupo e dos componentes dele, individualmente falando. Tal circunstância vale para negros, indígenas, minorias religiosas, homossexuais e portadores de deficiência.

Desse modo, é preciso respeitar estes indivíduos, em primeiro lugar, por suas diferenças, na medida em que, discriminá-los, promove a humilhação e a percepção pejorativa que se tem desses grupos, comprometendo a autoestima das pessoas que os compõem. O respeito à diferença como forma de promover a autoestima de quem participa de determinados segmentos sociais, postos à margem da sociedade, faz admitir que elas se sintam iguais, eis que a autoestima é algo muito valioso na vida de qualquer pessoa, uma vez que o amor próprio – não o narcísico ou a obsessão em si – é fator importante no desenvolvimento da personalidade e das potencialidades humanas de qualquer pessoa, raça, religião e etnia.

Resumindo: as prestações negativas realizam a igualdade formal, as prestações positivas, a igualdade material; e as ações afirmativas, a igualdade como reconhecimento, haja vista que estas se direcionam a grupos social e historicamente desfavorecidos ou estigmatizados por uma situação de discriminação ou preconceito irrazoáveis e ilegítimos.

3.3.4 A equidade

Pode-se dizer, não no sentido hermenêutico-jurídico, não como instrumento ou método de interpretação e aplicação das normas jurídicas, mas no sentido dado por John Rawls, segundo o qual a questão de justiça denota, acima de tudo, uma questão de princípios, ou melhor, a forma em que todos, reunidos sob “o véu da ignorância”, estabelecem certos princípios gerais e abstratos, que irão nortear, dali para frente, todos os atos da vida social e política daquele grupo. Em síntese, para Rawls, a Assembleia Constituinte seria “o véu da ignorância” e a Constituição, os princípios que regeriam os membros da sociedade politicamente organizada em suas relações.

Nesta situação, ficaria evidente que, para além da igualdade formal, a qual garante a todos o mesmo acesso às liberdades públicas, só se tornam aceitáveis as desigualdades que, de alguma forma, possam constituir-se em maior benefício para o conjunto da sociedade: uma vez garantidas a todos os seus membros condições iguais, pelo menos no ponto de partida, para o acesso aos bens mais importantes instituídos por essa mesma sociedade.

Ademais, a teoria de justiça em Rawls pressupõe a existência da desobediência civil para futuras situações injustas derivadas das instituições e em face das quais se requerem modificações urgentes, isto dentro de uma lógica democrática e não despótica.

À guisa de conclusão, há de se destacar que a igualdade material não exclui a formal, mas ambas se complementam, na medida em que aquela estabelece o conteúdo e o alcance desta, ao passo que esta estabelece os contornos e as formas daquela.

3.4 A teoria e os fundamentos constitucionais das ações afirmativas

Apesar de a igualdade ser, desde o pensamento clássico, objeto de constante discussão, por conta sobretudo da busca incessante do homem pela realização da justiça – se se levar em consideração que as ações afirmativas assume um papel relevante na concretização de ambos os valores tão caros à humanidade –, somente com o movimento da constitucionalização do Direito, com reconhecimento intransigente do postulado da dignidade da pessoa humana, no contexto do Estado Democrático de Direito, e com a efetivação histórica dos direitos fundamentais e humanos, o fato é que, a partir da década de 1960, iniciou, nos Estados Unidos, um amplo debate jurídico-constitucional em torno das ações afirmativas, motivo pelo qual a suscitação do arcabouço teórico de tal instituto, é dizer, o suporte e o fundamento político, social, filosófico e jurídico desse instrumento imprescindível à realização da igualdade e da justiça é imperiosa.

3.4.1 Conceito de ações afirmativas

No magistério de Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2003, p. 103), define-se ação afirmativa 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.

As ações afirmativas, por assim dizer, se definem como políticas públicas, e também privadas, voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade como reconhecimento e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas, também, a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

Nesta perspectiva, há de ressaltar-se o caráter eminentemente transformador que as ações afirmativas exercem sobre o comportamento da sociedade, haja vista que,

De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Constituem, por assim dizer, a mais eloquente manifestação da moderna ideia de Estado promotivo, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí incluindo-se o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação (GOMES, 2000, p. 08).

As ações afirmativas dizem respeito, em síntese, a mecanismo de caráter social e jurídico com vistas a possibilitar, acima de tudo, a harmonia e a paz no ambiente social e político, o qual é seriamente abalado quando um determinado grupo expressivo fica marginalizado em face do processo produtivo e dos benefícios do progresso. Por outro lado, elas servem para fortalecer o próprio desenvolvimento econômico do país, eis que não restam dúvidas de que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho traz como consequência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, em outros termos, o crescimento do país como um todo (GOMES, 2000, p. 09).

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

Em sentido contrário às políticas governamentais antidiscriminatórias pautadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, singularizadas por concederem às vítimas apenas instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária e procuram evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas, a saber, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou mediante mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo.

Paulo Lucena Menezes (2001, p. 27), por sua vez, preleciona que se trata de:

um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam eles presentes ou passadas. São medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, em favor de categorias que se encontram em posição desvantajosas.

À constatação de um desequilíbrio social ocasionado por períodos históricos muito longos de discriminações negativas, torna-se necessárias, pois, a efetivação de práticas direcionadas à correção e à equalização desse desequilíbrio, por meio das discriminações positivas em face dos componentes de determinados segmentos que foram deixados à margem do progresso e evolução sociais.

Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 286), a seu turno, assevera que:

[...] a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação

social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2007, p. 220) destaca que são:

instrumentos temporários 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 alijadas por razão de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social. Procura-se, com tais programas positivos, promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, uma vez que concederia espaços relevantes para que as minorias participassem da comunidade.

A conceituação analítica proposta por Daniel Sarmento (2010, p. 154) pondera que:

[...] Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.

Interessante notar, a esse respeito, a definição sucinta, mas ao mesmo tempo bastante abrangente, de Robert Alexy (2008, p. 433), para o qual *ações afirmativas seriam toda e qualquer prestação por parte do Estado.*

A título de esclarecimento, vem à tona a diferenciação proposta por David Gluck, segundo o qual é necessário fazer uma distinção entre ações positivas e medidas de igualação positiva. As primeiras deveriam ser utilizadas para os grupos determinados, os beneficiários seriam os membros daquele grupo, sem se perquirir se, de fato, seriam carecedores de medidas benéficas. Já as medidas de igualação positiva somente poderiam ocorrer para a pessoa individualmente considerada, que demonstrasse a necessidade de ter um tratamento diferenciado, como, por exemplo, os deficientes físicos, a depender do grau de deficiência de cada um.

Em relação aos termos conceituais acima mencionados, o que chama a atenção é a temporalidade ou transitoriedade das políticas públicas de ações positivas. Nesse passo, pode-se concluir que, às normas que consagram as ações afirmativas, seria aplicada a interpretação da norma ainda constitucional, oriunda da doutrina constitucional alemã. É dizer, elas caminhariam, ou transitariam, de uma condição de constitucionalidade para uma de inconstitucionalidade. Ou seja, no momento em que são implantadas, as condições fáticas de desigualdades e de discriminações permitem conceber a consonância delas com a Constituição, de modo que, quando estas desigualdades forem eliminadas ou consideravelmente reduzidas, as condições fáticas futuras induzirão à inconstitucionalidade dessas normas (MARINONI, 2010, p. 464).

É dizer, de tempos em tempos, serão feitas novas análises fáticas das condições sociais dos grupos a que se direcionaram certas políticas de igualação, de modo que, se não mais persistirem as causas que reproduzem os contextos de injustiças, as ações afirmativas não terão mais razão de ser e, portanto, será cessada a sua aplicação.

3.4.2 Os fundamentos constitucionais das ações afirmativas

Mediante uma leitura ainda que superficial da CF/88, percebe-se que ela está totalmente permeada de dispositivos que, em última análise, fazem deduzir preceitos inerentes à efetivação de ações afirmativas, com o objetivo de promover a igualdade e a justiça social. À guisa de exemplo, colacionam-se abaixo alguns deles.

De início, pode-se citar o artigo 3.^o e seus incisos da CF/88, em que são expostos os objetivos da República Federativa do Brasil.

Também o *caput* do artigo 5.^o, no qual consta o princípio da isonomia.

O inciso XX, do artigo 7.^o, que prevê políticas públicas de incentivo ao acesso das mulheres ao mercado de trabalho.

O artigo 37, VIII, acerca da inclusão dos portadores de necessidades especiais no serviço público.

O artigo 159, I, c, que dispõe sobre o direcionamento de recursos de impostos para as regiões mais carentes do Brasil.

O artigo 170, IX, que dispensa tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte.

Ao lado do *business necessity*, é possível a identificação de outras formas legítimas de discriminação, como, por exemplo, a proteção que a ordem econômica e financeira na Constituição procura trazer para indivíduos ou grupos jurídico, econômico e socialmente desfavorecidos (hipossuficientes), tais como os trabalhadores, os consumidores, as pequenas e microempresas, as sociedades cooperativas, os acionistas minoritários, por exemplo (CRUZ, 2009, p. 21).

O § 1.º, do artigo 215, do incentivo às manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras.

Os artigos 229 e 230, que disciplinam os direitos das crianças, adolescentes e idosos.

Da mesma maneira, são legítimas as discriminações por idade que proíbem uma criança menor de 14 (quatorze) anos de contrair relação de emprego (artigo 227, § 3.º) ou um adolescente menor de 16 (dezesseis) anos de votar (artigo 14, inciso II, alínea “c”)³⁰ (CRUZ, 2009, p. 21).

E, por fim, o artigo 231 que regulamenta as questões atinentes aos indígenas.

Verifica-se, atualmente, no Brasil, uma forte tendência ao neoconstitucionalismo, cuja relação com as políticas públicas de ação afirmativa é irrefutável. Trata-se de um movimento jurídico recente influenciado pela pós-modernidade, fenômeno caracterizado pelo respeito às diferenças, pela pluralidade dos modos de vida, pela fragilidade das fronteiras, pela velocidade das informações e pela adaptabilidade dos conceitos.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2010b, p. 363) ensina que:

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de

³⁰ Os dispositivos legais citados remetem ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069/90). Neste mesmo sentido, vale lembrar o inciso XXXIII, do artigo 7.º, da CF/88, que proíbe o trabalho insalubre, perigoso, penoso e noturno ao adolescente menor de dezoito anos.

1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Assim, o neoconstitucionalismo vem marcado pela normatização dos princípios, pela constitucionalização do direito e pelo papel preponderante do Poder Judiciário nas decisões políticas do país, de modo que os valores morais e éticos, em virtude da abertura do sistema jurídico, conduzem a um aprimoramento dos atores políticos, principalmente o juiz, na busca constante da aproximação do direito com a justiça.

Neste processo, o aprimoramento das instituições democráticas e de inclusão social, notadamente as iniciativas perpetradas com vistas à igualdade substancial, tem precedência, primazia e urgência na esfera política brasileira, uma vez que a efetivação de certos direitos fundamentais exige uma resposta imediata do Estado e da sociedade na correção das injustiças e das desigualdades.

3.5 A fraternidade e a solidariedade em face das ações afirmativas

A fraternidade e a solidariedade estão associadas diretamente aos direitos fundamentais de terceira dimensão, dentro daquela perspectiva de evolução histórica já muitas vezes detalhadas pela doutrina³¹.

³¹ A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar, em seguida, a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assina Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais e coletivos. Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. A relação de Vasak, em verdade, é apenas indicativa daqueles que se delinham em contornos mais nítidos

De tudo o que até agora foi exposto, muito se falou, no princípio, do postulado ou da regra da igualdade, não como sinônimo de uniformidade, ou antônimo de desigualdade, mas tratando-o como recorrência constante à diferença que existe entre as pessoas e os grupos. A igualdade, até aqui, traduz, em resumo, um pouco do pensamento de John Rawls no sentido de se proteger a igualdade de oportunidade de acesso aos locais de decisão política.

Entretanto, deseja-se, ao abordar as ações afirmativas, um retorno também aos valores da fraternidade e da solidariedade, principalmente no que diz respeito às reflexões suscitadas pelo professor italiano Eligio Resta, em duas de suas principais obras: *O Direito Fraternal* e *Direito Vivo*, nas quais ele faz um diagnóstico intrigante acerca do desenvolvimento do direito nos últimos duzentos anos, quando se deu muita atenção aos dois primeiros lemas da Revolução Francesa, a liberdade e a fraternidade, sendo que é o momento de se incursionar com mais dedicação ao estudo do direito sob o prisma da fraternidade.

O direito fraternal se constitui no *primo pobre*, no *parente pobre*, das outras duas dimensões pelas quais o direito passou na evolução jurídica da pós-Revolução Francesa de 1789: a liberdade e a igualdade. Por isso, embora não possa ser considerado, de um lado, direito *vigente*, reconhecido e positivado pelos

contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo. Ao contrário de Vasak, a expressão de Etienne-R. Mbaya, o brilhante jusfilósofo de Colômbia, formulador do chamado “direito ao desenvolvimento”, usa para caracterizar os direitos da terceira geração é solidariedade e não fraternidade. O direito ao desenvolvimento foi o tema de uma aula de E. Mbaya inaugurando o Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1972. Em 1977 a Comissão de Direitos do Homem das Nações Unidas, apoiada na contribuição daquele professor universitário, formalizou, mediante resolução, o reconhecimento do sobredito direito. Durante a 3.^a reunião daquela Comissão em 1980, foi ele incluído na Resolução Final do órgão. O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio Mbaya, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada. Admite que a descoberta e a formulação de novos direitos são e serão sempre um processo sem fim, de tal modo que quando “um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas”. Com base nesta constatação, proclama o jurista a adequação e a propriedade de linguagem relativa ao reconhecimento de três gerações de direitos fundados no princípio da solidariedade. No atual estágio de desenvolvimento do Direito, esse princípio, segundo o mesmo Mbaya, exprime-se de três maneiras: “1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos); 2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países desenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar *déficits*); e 3. Uma coordenação sistemática de política econômica” (BONAVIDES, 2007, p. 569 e 570).

poderes oficiais dos Estados, por outro lado, pode ser perfeitamente sentido como um direito vivo, latente nas relações sociais, das mais complexas às mais simples.

Tem ele total simetria com os direitos humanos, enquanto direitos que são tutelados, mas, ao mesmo tempo, ameaçados e violados, pela própria humanidade. Daí nasce o caráter ambíguo dos direitos humanos e do direito fraterno, retirando-lhes todo o teor metafísico e abstrato de sua manifestação, na medida em que eles não são concedidos e protegidos por um Deus, uma natureza ou um Terceiro, mas do homem para o próprio homem, sendo-lhes, portanto, subjacente o caráter concreto e tangente.

O direito fraterno se refere, por assim dizer, a um novo modelo de direito que abandona os limites hermeticamente fechados da cidadania, oficial, estatal, antidemocrática, de cima para baixo, paternalista, formal e cartorária, de modo que olha para uma nova forma de “cosmopolitismo”, não incluindo, logicamente, os mercados, mas a inderrogabilidade universalista dos direitos humanos imposta ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais (a máfia, por exemplo) que, à sombra do direito, governam e decidem: o direito fraterno vive da espera cognitiva e não da arrogância normativa (RESTA, 2011, p. 131 a 134).

Nesse sentido, a fraternidade é o elemento que sintetiza, colmata e sedimenta a liberdade e a igualdade, que são, aparentemente, antagônicas, na medida em que a liberdade é, não raro, a ditadura e a opressão de poucos sobre muitos e a igualdade é a ditadura e a opressão de muitos sobre poucos. Já dizia Voltaire (2000, p. 121), mais do que iguais, somos irmãos, de sorte que o valor supremo da sociedade fraterna remete, constitucionalmente, a uma sociedade antropologicamente cristã. A fraternidade e a solidariedade servem de supedâneo ao Estado e à sociedade na tarefa de promover políticas públicas tendentes à realização da igualdade, no que tange, principalmente, à defesa das minorias e dos grupos vulneráveis.

Outrossim, pode-se concluir que os direitos humanos são os direitos naturais subjetivos, cujo correspondente objetivo seria a própria dignidade da pessoa humana, ou seja, na célebre definição de Victor Hugo, *o invisível evidente*.

Em suma, tem-se que as três dimensões dos direitos humanos se encerram na liberdade e na igualdade, inatas ao ser humano, e na fraternidade, ao passo que as duas dimensões da dignidade da pessoa humana resultam na própria democracia e na paz universal.

CAPÍTULO 04

CONSTITUIÇÃO E AÇÕES AFIRMATIVAS: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM UMA SOCIEDADE PLURALISTA

“A democracia [...] é uma constituição agradável, anárquica e variada, distribuidora de igualdade indiferentemente a iguais e a desiguais”.

Platão

Do embate doutrinário empreendido por Carl Schmitt e Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, prevaleceu o entendimento kelseniano, hoje sedimentado, contra o qual já não resta o menor resquício de controvérsia, de que os textos constitucionais se consubstanciam em normas jurídicas e não em meras *cartas de boas intenções*, de natureza eminentemente política, nas quais apenas existiam promessas ou programas vinculados à discricionariedade dos órgãos políticos do Estado.

Nesta direção, as cartas constitucionais, de cunho democrático, que se proliferaram na Europa após a Segunda Guerra Mundial, entre as quais podem ser citadas, em um primeiro momento, a Constituição da Itália e a Lei Fundamental de Bonn e, mais tarde, as Constituições de Portugal, de 1974, e da Espanha, de 1978, estavam absorvidas por um forte apelo aos princípios e pelo reconhecimento dos direitos fundamentais.

A igualdade, neste contexto, passou a ser a grande preocupação dos Estados europeus, de modo que a intervenção dos poderes públicos nas relações entre capital e trabalho foi cada vez mais atuante, o que culminou com a consolidação do Estado do bem-estar social.

O princípio da igualdade, em seu sentido formal, vem consagrado no *caput* do artigo 5.º da CF/88, *in verbis*: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no*

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

Porém, não significa, a rigor, que essa mesma lei não possa estabelecer distinções entre as pessoas. Pelo contrário, muitas vezes, a função da lei é dispensar a elas, e a certas situações, um tratamento diferenciado, de modo que devemos analisar, sobretudo, se os critérios adotados, sejam pelo próprio legislador, sejam pelo magistrado, são adequados, isto é, estejam a serviço de um valor constitucionalmente protegido, o que, conseqüentemente, nos obriga à realização de um exercício de justificativa racional da adoção de tais critérios, lembrando, sempre, que estes critérios deverão ser razoáveis, proporcionais, não-preconceituosos, não-discriminatórios e objetivos, uma vez que o subjetivismo poderá conduzir à arbitrariedade.

Um exemplo clássico de um critério de diferenciação que não viola o princípio da igualdade é trazido pela Súmula 683 do STF, segundo a qual *o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do artigo 7.º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido*. Enfim, a fixação de critérios de discriminação só se justifica se forem observadas duas premissas básicas: a) a existência de uma autorização legal para tanto, isto é, deve haver uma lei que permita o agente público elaborar certos critérios; e b) para que tal critério de discriminação possa ser considerado válido constitucionalmente, deve ele decorrer da natureza das atribuições a serem exercidas.

A rigor, o princípio da igualdade pode ser abordado sob dois aspectos, os quais já foram muito difundidos no ambiente acadêmico: o formal e o material. O primeiro deles, sucintamente, diz respeito à igualdade civil, política e jurídica, é a igualdade perante a lei, o que induz uma posição eminentemente *absenteísta* do Estado, cujo preceito fundamental assegura que todos os seres de uma mesma categoria essencial sejam tratados de forma *isonômica*. Esta ideia de igualdade, segundo José Afonso da Silva, está intimamente ligada ao ideário de justiça preconizado por Aristóteles: tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente. Tal aspecto é o que pode ser deduzido pelo *caput* do artigo 5.º da CF/88.

O segundo, o material, é a igualdade fática, na medida em que, pela simples observação dos fenômenos sociais, podemos constatar as desigualdades, principalmente econômicas e sociais, entre as pessoas, razão pela qual a Constituição Federal, em seus artigos 3.º, III, 6.º e 7.º, por exemplo, reconhecem estas desigualdades e, ao mesmo tempo, asseguram os direitos sociais necessários à diminuição delas, por meio da proteção dos considerados socialmente hipossuficientes. Enfim, ao contrário do Estado ausente, passa ele a ter uma função pró-ativa, em razão de se exigir dele uma atuação positiva, por meio de prestações materiais tendentes à redução das desigualdades sociais.

4.1 Constitucionalismo, igualdade e ações afirmativas

O constitucionalismo nasce dentro da perspectiva de agregar valores morais em um texto político, a fim de que tenha forte aplicabilidade jurídica, não só diretamente, mas também indiretamente, no que tange principalmente à produção, à interpretação e à aplicação dos preceitos normativos infraconstitucionais. O princípio da igualdade, consagrado pelo caput do artigo 5.º da CF/88, permeia todo o ordenamento jurídico, sendo um dos postulados fundamentais a serem observados, notadamente num país como o Brasil, cujo histórico se caracteriza pelo forte antagonismo social.

Acerca da igualdade, o Abade Sieyès (2009, p. XLI) posiciona-se, quando do nascimento dos movimentos pelo constitucionalismo, como crítico ácido dos privilégios, concluindo que o homem privilegiado é homem corrupto; assim, sua recuperação moral só seria possível por meio da recuperação da moralidade do poder político. Para ele, o privilégio calcifica a natureza livre do homem e torna-o subserviente e falso.

O indivíduo, segundo ele, em um contexto de privilégios, curva-se diante das falsas promessas de seus próprios inimigos ávidos de poder. E continua, em seu raciocínio, o revolucionário francês: *Aqueles que querem o poder, mais querem os afagos dos que estão no poder do que pagar o preço de sua própria liberdade e, menos ainda, a liberdade dos desprivilegiados* (SIEYÈS, 2009, p. XLI e XLII).

O privilégio de toda e qualquer natureza corrompe e, assim sendo, só o poder político, em outras palavras, as forças sociais organizadas são capazes de corrigir este desvio de conduta social. A corrupção de valores, o individualismo e o egoísmo demonstram a falta de importância dispensada aos interesses sociais relevantes. Somente o poder político, ou seja, a sinergia coletiva organizada politicamente visando um fim, na análise de Sieyès, tem o condão de restituir a virtude pública.

As palavras de Sieyès continuam atuais. A realidade hodierna demonstra a grande falta de interesse das massas populares e, até mesmo, das classes mais privilegiadas no que tange aos temas de alcance público, aos interesses sociais mais básicos e ao bem estar de todos.

A tese preponderante assinala que a falta de representatividade e a crise de funcionalidade são os responsáveis pela apatia popular em relação à política *lato sensu*. É bem verdade que a atividade parlamentar brasileira parece que anda em círculos, procurando resolver os problemas criados pela própria classe política, o que deixa a pauta de assuntos inadiáveis para o segundo plano.

Tal circunstância, de fato, além de causar certa perplexidade, traz desânimo político e institucional, obrigando outros poderes constituídos a tomarem posição, tendo em vista a inércia e a letargia do Poder Legislativo. Nesta medida, a judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos inevitáveis e irreversíveis e estão de acordo com os princípios democráticos.

Sem a pretensão de parafrasear os liberais mais ortodoxos, cuja doutrina se prende na assertiva segundo a qual se devem observar a liberdade como princípio, a igualdade como meio e a fraternidade como fim, destaca-se a igualdade, na condição de princípio, de pressuposto, de norte, de fonte e de orientação; as ações afirmativas, configurando o método, o mecanismo, o instrumento e a ferramenta; e, por fim, a justiça, na qualidade de objetivo, de meta ou de fim.

Fiel a esta linha de raciocínio, pode-se traçar o caminho a ser percorrido pelo Estado democrático e social de Direito, pois a igualdade jurídica, as ações afirmativas fundadas nos preceitos constitucionais e a relevância da justiça

como objetivo máximo do Direito potencializam as ações dos órgãos políticos na realização e na consecução do bem comum.

Diante disso, a questão que se impõe é saber se o sistema de cotas raciais viola o princípio da igualdade, tendo em vista a difusão com que tal mecanismo vem sendo aplicado no sistema jurídico brasileiro, sobretudo na reserva de vagas em universidades públicas em favor dos afrodescendentes. Dessa forma, o objetivo desse capítulo será na direção de desenvolver um raciocínio voltado à constitucionalidade das ações afirmativas como gênero em face do sistema de cotas como espécie.

4.2 O princípio da igualdade e o reconhecimento pelo constitucionalismo

O ideal de igualdade não é exclusivamente objeto de preocupação jurídico-filosófica do mundo contemporâneo, na medida em que os pensadores da Antiguidade, tais como Sólon e Péricles, já enunciavam a sua importância como elemento essencial da justiça. Platão defendia uma igualdade de oportunidades entre os indivíduos, em determinados aspectos da vida social, tal como no acesso aos cargos públicos, preconizando, ainda, que a igualdade fundamentava a democracia, de modo que sua advertência também era no sentido de que, quando a igualdade é conferida a coisas desiguais, o resultado será também desigual, salvo se for aplicada a medida devida a cada situação.

Segundo Aristóteles, a justiça somente poderia ser alcançada por meio da igualdade, não obstante defendesse a ideia de que a desigualdade era algo natural, inato ao homem, argumento com o qual defendia a existência e a perpetuação da escravidão, considerada natural na relação entre os seres humanos, posição esta da qual o estagirita jamais prescindiu, conforme se pode notar em algumas passagens de sua monumental obra *A Política*:

Propriedade é uma palavra que deve ser compreendida como parte: a parte não se inclui apenas no todo, mas pertence ainda, de um modo absoluto, a qualquer coisa além de si própria. Assim a propriedade. Também o senhor é simplesmente dono do escravo, mas dele não é parte essencial; o escravo, ao contrário, não só é servo do senhor, como ainda lhe pertence de modo absoluto. Fica demonstrado claramente o que o escravo é em si, e o que pode ser. Aquele que não se pertence mas pertence a outro, e, no entanto, é um homem, esse é escravo por natureza. Ora, se um homem pertence a outro, é uma coisa possuída, mesmo sendo homem. E uma coisa possuída

é um instrumento de uso, separado do corpo ao qual pertence (ARISTÓTELES, 2011, p. 25).

E arremata, dizendo:

Há uma espécie humana de indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem; são homens nos quais o emprego da força física é o melhor que deles se obtém. Partindo dos nossos princípios, tais indivíduos são destinados, por natureza, à escravidão, porque, para eles, nada é mais fácil que obedecer. Tal é o escravo por instinto: pode pertencer a outrem (também lhe pertence ele de fato), e não possui razão além do necessário para dela experimentar um sentimento vago; não possui a plenitude da razão. Os outros animais dela desprovidos seguem as impressões exteriores (ARISTÓTELES, 2011, p. 26).

Todavia, qualquer que seja a originalidade e o poder criador de um homem à frente de seu tempo, neste caso, o próprio Aristóteles, quer se trate de um Descartes, de um São Tomás de Aquino ou de um Augusto Comte, suas ideias não podem subtrair-se à influência das correntes de pensamento de sua época, porquanto o homem é de seu século, mesmo para a sua infelicidade. Foi o que ocorreu com Aristóteles, a propósito da escravidão, não conseguindo, apesar de toda força de seu gênio, conceber uma sociedade sem escravos, por lhe faltar, como a todos os seus contemporâneos, a ideia de progresso social.

O problema é que o pensamento judaico-cristão do mundo ocidental foi, em grande parte, moldado nas reflexões de Aristóteles, seja na religião, na filosofia, na economia e no direito, o que, em última análise, justificou a subsistência oficial da escravidão até o século XIX, cujas chagas ainda insistem em não cicatrizar na realidade brasileira.

Ele, na verdade, preconiza e revela o que hoje se entende, juridicamente, por igualdade formal, isto é, a igualdade de todos perante a lei, sem levar em conta a igualdade material, cujo conceito, atualmente, é muito mais abrangente e delimita o primeiro, visto que da mesma forma que ocorre com os direitos da liberdade, também nos casos dos direitos à igualdade, é necessário diferenciar entre um direito geral de igualdade e direitos de igualdade específicos. Igualdade perante a lei e igualdade através da lei, seja na criação, na interpretação na aplicação e ou na integração da lei e do Direito. A primeira traduz o processo de interpretação e de aplicação da norma posta; a segunda vai além, haja vista que abrange o processo de criação e de formação das leis antes de sua positivação, ou

seja, o processo jurígeno, assim como os processos de interpretação, aplicação e integração das normas que compõem o ordenamento jurídico. Em sentido assimétrico ao pensamento aristotélico, Cícero e Sêneca estenderam o postulado da igualdade a todos os seres humanos, livres e escravos, senhores e servos, cidadãos e gentios, estabelecendo, desta forma, o caráter universal igualitário a todos.

Desde a Antiguidade, portanto, a questão envolvendo a igualdade já era objeto de várias discussões acerca da sua real natureza e aplicação. Assim, gregos e romanos, dedicando grande parte de sua filosofia e conhecimento jurídico em face dela, deixaram enorme legado para o projeto civilizatório, na medida em que fixaram certos parâmetros para averiguar, investigar e constatar a necessidade de tal valor ético, entre os quais podemos citar a isonomia natural dos homens, e como sendo essência da justiça, ao lado da liberdade e da ordem.

Ressalte-se que o método comparativo é pressuposto da igualdade, pois ela não tem sentido entre elementos não comparáveis e nos obriga a tratar igualmente o igual e desigualmente o desigual, o que implica dizer que é a base da democracia e da participação nas oportunidades, contendo um componente de adequação às situações e aos fins. No plano constitucional, com a própria evolução do Estado e a depuração dos conceitos de governo e do bem-estar social, a igualdade ganhou *status* de princípio constitucional, eis que todo texto constitucional, que se considere democrático de direito, o declara literalmente como essencial à organização e à manutenção político-sociais do Estado.

Nesta toada, José Afonso da Silva (2009, p. 117) assim se manifesta acerca do caráter fundamental e irrevogável da isonomia no plano jurídico-constitucional:

Certas normas constitucionais não são propriamente fundamentais, mas contêm princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica nacional, como as que consagram o princípio da isonomia (artigo 5.º e seu inciso I), o princípio da legalidade (artigo 5.º, II), o princípio da irretroatividade das leis (artigo 5.º, XXXVI), os princípios da organização partidária (artigo 17), sempre levando em conta que a palavra “princípio” é equívoca, pois apresenta vários significados a depender do contexto em que é utilizada.

Elevada à condição de princípio, possuindo caráter supraconstitucional, abaixo apenas do postulado da dignidade da pessoa humana, a igualdade, no atual estágio do Estado Social e Democrático de Direito, exerce forte

inflexão sobre o sistema jurídico-constitucional, pois condiciona a criação, a interpretação e a aplicação das normas legais.

Luís Roberto Barroso (2010b, p. 317), ao discorrer sobre a igualdade, destaca algumas *nuances* relativas a este postulado:

No direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual a ideia de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à “segurança jurídica” – previsibilidade e objetividade de condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da “justiça” ao caso concreto.

Os princípios, desta forma, detêm alto grau de abstração e plasticidade e concatenam todo o ordenamento jurídico, infiltrando seus valores em todos os espaços deixados pelas lacunas legais, pelo que direcionam o raciocínio do intérprete na busca da melhor solução para o caso concreto.

Na discussão, ainda, sobre regras e princípios, no antagonismo existente entre estabilidade, objetividade e segurança jurídica, de um lado; justiça e dignidade da pessoa humana, de outro lado – e aqui dando ênfase à igualdade –, Ana Paula Barcellos (2005a, p. 186 e 187) propõe a seguinte tese:

É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade, a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades das hipóteses examinadas. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à ideia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor “segurança”, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a “justiça” possa ser alcançada.

Aplica-se, pois, o princípio da igualdade dentro desse contexto apresentado pela jurista, ou seja, na condição de instrumento para se atingir justiça no caso concreto e não mero subterfúgio para garantir estabilidade à ordem jurídica, numa visão positivista do Direito. A problemática abrangendo a questão de se

efetivar a justiça aflige, desde sempre, aos que se detêm no estudo mais aprofundado dos temas jurídicos. Justiça e verdade até parecem dois conceitos que se confundem quando assunto é Direito, na medida em que, se se conhece a verdade, invariavelmente, se chega à justiça. Uma visão superficial sobre a justiça pode levar o observador desatento a uma conclusão açodada e equivocada acerca do fim último do Direito, qual seja, dar a cada um o que é seu segundo uma igualdade.

Justiça e verdade assumem objetividades inatingíveis, filosoficamente falando, para as pretensões humanas, uma vez que esta se consegue pelo total conhecimento do todo, ou seja, o sujeito encarregado de conhecer a verdade deve ter a percepção completa da realidade controvertida e proceder a uma leitura irreparável desta realidade.

O trabalho empreendido, deveras, é árduo, pois, além de ter acesso a todos os elementos factuais, deve interpretá-los isento de qualquer preconceito, tendências e ideologias, o que levanta sérias dúvidas sobre a possibilidade dessa isenção de ânimo.

Enfim, o encarregado de dizer a verdade e de promover justiça seria exclusivamente Deus, dentro de um ponto de vista teológico judaico-cristão, pois um dos atributos da divindade consiste na onisciência, isto é, o Deus que a tudo conhece e de tudo sabe. Entra-se, pois, no plano metafísico da verdade e da justiça:

É que o homem, exercendo a sua liberdade individual – e utilizando a linguagem de Karl Jasper –, nunca pode ter a soberba de alcançar a certeza divina, antes deverá sempre ter a humildade de, jamais tendo a certeza das suas certezas, aceitar tolerante a opinião dos outros, segundo um modelo de igual flexibilidade de aceitação pelos outros das nossas próprias “certezas” (OTERO, 2010, p. 56).

Retornando à finitude humana de se contentar com os meios jurídicos disponíveis, sobre os quais incide o atributo da limitação, não obstante o significativo avanço tecnológico perpetrado até agora, pode-se dizer que, no campo jurídico, a justiça emanada do poder competente, no nosso caso e no das civilizações ocidentais, emanada do Poder Judiciário, emanada do Estado-juiz, visa incessantemente os meios mais eficazes para atingir o mínimo da verdade, seja pelo reconhecimento da legislação, seja pela criatividade judicial. É dizer, por meio do

exercício de interpretação e reinterpretação dos textos legais e da própria jurisprudência, somada ao juízo de valor sobre os fatos deduzidos no processo pelos meios de provas disponíveis às partes, tenta-se chegar o mais próximo possível da verdade real, a qual, todavia, ficará caracterizada definitivamente, sobretudo pelo caráter subjetivo da interpretação dos textos e da análise das provas.

A realidade jurídica atual comporta, portanto, para a solução dos casos considerados difíceis (*hard cases*), na célebre expressão de Ronald Dworkin, a abrangência ampla dos princípios gerais, não apenas na condição de fonte supletiva do Direito, mas de fonte direta da ciência jurídica, com natureza obrigatória e vinculante. E com os princípios constitucionais, tal fato alcança patamares de um verdadeiro dogma. Assim, *os princípios constitucionais gerais são especificações dos princípios fundamentais e, por seu menor grau de abstração, prestam-se mais facilmente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam* (BARROSO, 2010b, p. 324).

Luís Roberto Barroso (2010b, p. 324) incursiona, de modo estrito, pelo princípio da isonomia, ao vaticinar acerca de alguns temas relevantes que englobam o princípio da igualdade e as ações afirmativas, advertindo que:

a Constituição aboliu inúmeras situações de tratamento discriminatório, e.g., prevendo que homens e mulheres exercem igualmente direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, vedando o tratamento desigual entre filhos havidos no casamento e fora dele e reconhecendo a união estável como entidade familiar. Algumas aplicações específicas do princípio da isonomia deverão ser objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, como a adoção de cotas raciais nas universidades públicas e legitimidade da extensão do regime da união estável às uniões homoafetivas.

Constituição, democracia, diferenças, intersubjetividade e consenso parecem ser o *leitmotiv* que dão sentido ao diálogo social na efetivação da igualdade, quesito de início, meio e fim para promover justiça, valor máximo do Direito.

Nesta direção, vem a lume a pertinência do pensamento de Gisele Cittadino (2003, p. 77 e 78), quando discursa sobre os elementos necessários à averiguação do justo na sociedade plural hodierna. Senão, veja-se:

O comprometimento da filosofia política contemporânea com a questão da intersubjetividade é precisamente o que a obriga a estabelecer um entrelaçamento entre a ética e a política para a configuração de uma

identidade na democracia. Sabemos, no entanto, que a identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea. Ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são seus traços fundamentais. Diferentemente da modernidade, é possível apreender as sociedades modernas tradicionais, enquanto coletividades “naturais”, como um todo homogêneo, pois, ainda que seja possível analisá-las a partir de um ponto de vista específico – religião, política, economia –, todas essas noções se entrelaçam de tal forma que constituem uma realidade única, orgânica e integrada. O consenso aqui se confunde com a dimensão “natural” do agrupamento social. A sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida dessa forma.

A autora, no primeiro momento, exorta as grandes diferenças existentes entre as sociedades antigas, de caráter mais homogêneo, e as sociedades contemporâneas, heterogêneas, cujas peculiaridades apontam para uma maior complexidade no aprimoramento do princípio da isonomia no contexto atual, dentro do que permite denominar *consenso*. E continua assinalando que:

A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas do mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos de pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença (CITTADINO, 2003, p. 77 e 78).

Todavia, a jusfilósofa problematiza os aspectos importantes desse *consenso*, para, ao final, apresentar a solução por ela propugnada. As indagações em destaque são: *Mas é possível o estabelecimento de um consenso democrático frente a qualquer forma de pluralismo? Ou apenas um pluralismo “razoável” é compatível com a democracia? O pluralismo é algo que deve ser valorizado em si mesmo ou apenas constatado?* (CITTADINO, 2003, p. 77 e 78).

E as respostas dadas por ela seguem as seguintes premissas:

Importante ressaltar, invariavelmente, que não há respostas especificamente liberais, comunitárias ou crítico-deliberativas a estas questões. Paralelos e contrastes podem ser observados tanto entre autores que integram um mesmo grupo quanto entre autores que pertencem a grupos distintos, ainda que, como veremos, algumas fronteiras mínimas não são ultrapassadas (CITTADINO, p. 77 e 78).

Prossegue depois a autora enfatizando o consenso mínimo que deve haver entre os agentes sociais na solução dos conflitos relevantes, baseado no diálogo intersubjetivo das partes envolvidas, de modo a se chegar à solução razoável. Este discurso tem forte aparato na filosofia da linguagem, iniciada na Escola de Frankfurt, cujos preceitos revolucionaram a filosofia tradicional,

fundamentada no binômio sujeito-objeto, e cujo maior expoente se fixa na figura de Jürgen Habermas.

Outrossim, denota-se claramente que o esquema montado sobre o princípio da igualdade demanda uma carga muito grande de esforços filosóficos, jurídicos e científicos, no firme propósito de se atingir a justiça, seja ela social, comutativa, distributiva ou, mais modernamente, reparativa. Neste aspecto, as ações afirmativas, como modelo de implementação de políticas públicas de promoção da igualdade, ganha impulso – e polêmica, diga-se – na atual quadra.

Circunstâncias estas, todavia, que serão objeto de discussão e de análise no tópico seguinte.

4.3 Ações afirmativas e seu fundamento jurídico-constitucional: uma leitura dos meios necessários à realização de políticas públicas na promoção da igualdade

Logo após abordar, ainda que sucintamente, os aspectos relevantes que implicam o melhor entendimento acerca da igualdade como valor fundamental do constitucionalismo, é necessário esboçar alguns comentários relativos às ferramentas mais eficazes na consecução daquele valor, qual seja, as ações afirmativas, somente para dar continuidade a um debate cujo fim está longe de acontecer.

A origem do termo *ação afirmativa* é estadunidense (*affirmative action*), sendo citado pela primeira vez no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, em 1954, muito embora o teor da decisão não se tratasse propriamente de uma ação afirmativa, por conta das políticas públicas implantadas na década de 1960 pelo governo americano, no sentido de favorecer algumas minorias socialmente inferiorizadas e juridicamente desigualadas, em virtude da secular cultura preconceituosa, enraizada na sociedade americana, de modo que se utiliza da própria discriminação para combater discriminações. Saliente-se que, no início, as políticas públicas voltadas para os negros visavam o acesso dessas minorias ao mercado de trabalho, obrigando as empresas que prestavam serviços ao governo americano a contratarem mão-de-obra de operários negros.

Cármén Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 285) explica a origem e a definição do instituto, nestes termos:

Quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson, em 4 de junho de 1965, na Howard University, se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições.[...] A expressão “ação afirmativa”, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana em 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.

A razão de ser dessas políticas públicas se baseia principalmente no binômio preconceito e discriminação, os quais devem ser diagnosticados e tratados de maneira distinta.

Caracteriza-se o preconceito pela atitude, pelo sentimento e pela disposição afetiva imaginária sobre um indivíduo ou grupos de indivíduos, que podem tornar-se uma crença de modo a regular a ação das pessoas ou coletividades de pessoas, sua capacidade de percepção e julgamento. Ele não seria fruto apenas da ignorância e do desconhecimento, no sentido de um “pré-conceito” científico ou filosófico, ou restrito ao âmbito privado das decisões particulares e íntimas, mas poderia ser pensado também em sua dimensão social. Ou seja, o preconceito é um fenômeno de grupo e não de uma pessoa considerada isoladamente. Nasce, pois, da relação intersubjetiva entre seres humanos, criando um caldo de cultura preconceituoso em relação a uma outra pessoa ou a um grupo delas.

Contra o preconceito não se viabilizam meios coercitivos e punitivos juridicamente, consubstanciados pela ação penal, por exemplo, mas sim medidas de persuasão, conscientização e convencimento retórico, de caráter preventivo, destinadas a eliminar estereótipos depreciativos violadores da dignidade da pessoa humana, cuja mola propulsora se concentra invariavelmente na educação, formal ou informal, na qual haveria um espaço de ação privilegiado.

A discriminação, por sua vez, define comportamentos, práticas ou ações coletivas supostamente observáveis e relativamente mensuráveis, baseadas

no tratamento diferencial de pessoas, visando à classificação, à separação ou à hierarquização em categorias sociais. Pode englobar graus de ação distintos, como, exemplificativamente, a segregação, entendida na condição de se fixarem fronteiras de separação entre agrupamentos humanos, ou esferas diversas, igual àquela discriminação desenvolvida no âmbito institucional.

O termo *discriminação institucional*, alvo de controvérsias e debates no final da década de 1960 e início da de 1970 nos Estados Unidos, traz inserido o argumento de que, mesmo um governo não sendo oficialmente racista e a discriminação racial sendo proibida e penalizada, o próprio fundamento das instituições sociais causaria prejuízos à população que sofre qualquer tipo de discriminação. Esse conceito associa a discriminação às desvantagens correntes que atingem sistematicamente certos segmentos sociais.

Desta forma, pensa-se a discriminação como passível de correção, compensação e prevenção, sustentando-se a tese segundo a qual a adoção de políticas de natureza afirmativa se tornaria imprescindível. As relações sociais, na evolução do processo histórico, tanto no setor privado, quanto no âmbito público-estatal, geram desigualdades entre classes e categorias de pessoas, o que se acentua ainda mais no atual estágio do capitalismo e da globalização. Assim, é de responsabilidade do Estado adotar e incentivar iniciativas que venham corrigir tais distorções e, neste sentido, as políticas públicas de ações afirmativas são instrumentos poderosíssimos, criados para responder a tais anseios.

Outrossim, tendo em vista que, ao preconceito deve-se tão-somente vincular uma ação persuasiva, à discriminação, *a contrario sensu*, podem-se estabelecer sanções estatais punitivas, o que, *de per se*, em certo sentido, também é persuasivo. Tudo isso com vistas a incentivar práticas e comportamentos não-discriminatórios, de forma que, relativamente à concepção da discriminação institucional, também pode ser reivindicado um caráter preventivo ou reparativo para as ações de combate à discriminação.

Ações afirmativas vêm a ser, portanto, iniciativas do Estado, conjugadas com a sociedade civil, em face da constatação de desigualdades de oportunidade acumuladas no decorrer da história, que atingem diretamente grupos

de pessoas, segregando-as socialmente; políticas estas que são feitas no sentido de promover a igualdade jurídica desses grupos e, assim, corrigir distorções sociais cujas origens deitam raízes em discriminações raciais, de gênero, de origem, de classe social, de etnia, de religião e de cor.

O fundamento de ordem constitucional em que se preconiza como dever do Estado, levando-se em conta o caráter social e democrático de direito que o configura, a efetivação, ao máximo, das ações afirmativas destinadas à correção das distorções produzidas pelo sistema capitalista, acentuada, cada vez mais, pelo atual estágio de globalização que vivemos, passou a frequentar, com assiduidade, o centro da mesa de discussões do direito constitucional europeu, razão pela qual a questão envolvendo políticas públicas de inclusão das minorias ganha espaço não só em países de modernidade tardia, como o Brasil, mas também em países socialmente avançados:

Il principio di non discriminazione costituisce il primo (ed indispensabile) grado di protezione. Nel diritto costituzionale italiano questo corrisponde all'articolo 3 comma 1 Cost., secondo il quale *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”*. L'obbligo della Repubblica contenuto nel secondo comma di *“rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”* fa capire i limiti del classico divieto di discriminazione, che mira ad una mera uguaglianza formale. E' proprio il tentativo di superamento di questi limiti che porta a sviluppare una seconda generazione dei diritti dell'uomo, riconoscendo ai cittadini appartenenti alle minoranze il diritto ad una discriminazione positiva (*“affermative action”*). Lo Stato non ha solamente l'obbligo di rispettare le sue minoranze, bensì li deve proteggere da discriminazioni da parte privata e promuoverle relativamente al mantenimento e allo sviluppo della loro cultura. La Costituzione italiana è una delle poche Costituzioni europee¹² a prevedere una specifica disposizione di protezione per le minoranze nell'articolo 6: *“La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche”*. Tale disposizione per lungo tempo aveva una rilevanza solamente per alcune specifiche minoranze ovvero quelle tutelate attraverso gli statuti di alcune regioni speciali (articolo 116 Cost. italiana), che a lungo erano le uniche disposizioni giuridiche direttamente applicabili alle minoranze. A livello generale l'articolo 6 cost. ha trovato attuazione nella legge n. 452 del 1999. Le misure di protezione e promozione previste per le minoranze in tale normativa sono ampie e diversificate e comprendono tra le altre cose l'insegnamento scolastico nella lingua minoritaria (articolo 4), l'uso della lingua minoritaria nel pubblico (articolo 7 - 9), toponimi ufficiali secondo tradizioni ed usi locali (articolo 10) e prerogative nel sistema di comunicazione di massa (articolo 12) (HAIDER, 2008, p. 03 e 04)³².

³² O princípio da não-discriminação constitui o primeiro (e indispensável) grau de proteção. No direito constitucional italiano, ele corresponde ao artigo 3.º, inciso I, da Constituição, segundo o qual *todos*

Tal posicionamento conceitual vem ao encontro da lapidar lição de Norberto Bobbio (1997, p. 43), *in verbis*: *jamais como em nossa época foram postas em discussão três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça, o sexo e a classe social*. Enfim, são políticas públicas que buscam corrigir injustiças sociais e procuram equilibrar situações de desigualdade geradas por motivos discriminatórios, que não são apenas raciais, ressalte-se.

As discriminações positivas tendem a planejar e a agir no sentido de efetuar a representação de certas categorias de pessoas ou grupos, ou seja, os que pertencem a classes subordinadas ou excluídas em determinados trabalhos ou escolas. Nota-se aqui, pois, um diagnóstico do problema da desigualdade. Por isso, as ações afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com uma estrutura humana de apoio dele incumbida, ou podem ser as próprias atividades de um empresário que consultou sua consciência e decidiu inovar seu método de gerir os seus negócios.

Diante disso, cabe dizer, portanto, que a implementação das ações afirmativas é ampla, na medida em que conjuga esforços e posturas de atos do legislativo, por meio da edição de leis discriminatórias positivas, do executivo, que põe em prática os princípios e os postulados previstos em lei, e, por fim, o judiciário, cujas decisões devem se pautar na busca do equilíbrio das forças sociais e promover a igualdade nos casos a ele submetidos, sem falar, é claro, da cota de

*os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. O dever da República, contido no segundo inciso, de remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana faz entender os limites da proibição da discriminação, que visa a uma mera igualdade forma. É oportuna a tentativa de superação destes limites que nos leva a potencializar uma segunda geração dos direitos do homem, reconhecendo aos cidadãos pertencentes às minorias o direito a uma discriminação positiva ("affirmative action"). O Estado não tem somente o dever de respeitar as suas minorias, mas também deve protegê-las da discriminação por parte dos particulares e promovê-las no que diz respeito à manutenção e ao desenvolvimento da sua cultura. A Constituição italiana é uma das poucas Constituições europeias a prever uma disposição específica de proteção para as minorias no artigo 6.º: *A República tutela, com normas especiais, as minorias linguísticas*. Tais disposições, por longo período, tiveram relevância somente para algumas minorias específicas, ou seja, aquelas tuteladas por meio dos estatutos de algumas regiões especiais (artigo 116 da Constituição italiana), que, por muito tempo, eram as únicas disposições jurídicas diretamente aplicáveis às minorias. Em nível geral, o artigo 6.º da Constituição foi atualizado pela Lei n. 452 de 1999. As medidas de proteção e de promoção previstas para as minorias em tal norma são amplas e diversificadas e compreendem, entre outras coisas, o ensino escolar em língua minoritária (artigo 4.º), o uso da língua minoritária pelo público (arts. 7.º e 9.º), nomes de locais públicos de acordo com a tradição e o uso locais (artigo 10) e prerrogativas no sistema de comunicação de massa (artigo 12). (tradução livre do autor).*

participação da iniciativa privada, que deve procurar meios de participação das minorias discriminadas, em um claro manifesto da solidariedade social que deve permear todas as relações entre os indivíduos, a sociedade e o Estado.

Nascidas de iniciativas do Poder Executivo federal, as ações afirmativas se disseminaram por todo o aparato estatal nas três esferas de Governo, migraram para o setor privado e, como não poderia deixar de ser, foram adotadas pelo Poder Judiciário como instrumento de solução de litígios em que esteja em jogo a problemática constitucional da igualdade. Portanto, para fins classificatórios, pode-se dizer que as ações afirmativas são fruto de decisões políticas oriundas do Poder Executivo, com o apoio, a vigilância e a sustentação normativa do Poder Legislativo; do Poder Judiciário, que além de apôr sua chancela de legitimidade aos programas elaborados pelos outros Poderes, concebe e implementa ele próprio medidas de igual natureza; e pela iniciativa privada (GOMES, 2001a, p. 52-53).

Se se deseja a perpetração de um Estado Democrático, este não atingirá seu objeto diante de uma realidade marcada pelas diferenças abissais entre os seus membros. Dessa forma, pode-se entender o conceito de ações afirmativas como o mais relevante instrumento da realização do princípio da igualdade jurídica insculpido pela Constituição Federal, que permeia todo o ordenamento jurídico, desde o texto constitucional até os atos jurídicos mais específicos e concretos.

Os fundamentos constitucionais das ações afirmativas encontram sua maior base de apoio no postulado da dignidade da pessoa humana, conforme estatui o inciso III, do artigo 1.º, da CF/88. Isso é indiscutível, na medida em que tal postulado é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e todas as consequências jurídicas de que ele faz incorrer, conforme o próprio artigo 1.º da CF/88 prevê, *in verbis*:

Artigo 1.º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos**: [sem grifos no original]

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;

Entretanto, ao se proceder a uma análise mais depurada dos dispositivos constitucionais, percebe-se a manifestação clara dos fundamentos em que se atrelam os ditames das ações afirmativas, de modo que aqueles que nesse

particular serão citados, obviamente, não esgotam o rol constitucional do princípio da igualdade jurídica, o qual poderá ser deduzido de outras disposições, bastando, naturalmente, um estudo mais aprofundado do texto constitucional, retirando dele a essência da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade jurídica ou material.

Já de início, no artigo 3.º da CF/88, que dispõe sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o que exprime o ideal de uma constituição dirigente, três dos quatro incisos tratam da igualdade e do fundamento das políticas afirmativas. Senão, veja-se:

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

I- constituir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**. [sem grifos no original]

Um argumento muito utilizado pelos críticos das ações afirmativas é de que o Brasil copiou o modelo norte-americano para aplicá-lo à nossa realidade, a qual seria bem diferente em relação ao contexto americano, pois aqui, em última análise, por conta do mito da democracia racial, não haveria racismo. Essa tese não deve prosperar, na medida em que a própria Constituição Federal traz à tona o problema do racismo, como se depreende da leitura do artigo 3.º e seus incisos.

Além disso, em várias outras passagens do nosso texto magno, pode-se constatar que o racismo foi e é motivo de preocupação do constituinte brasileiro e sempre esteve na agenda nacional a discussão sobre a implantação dos meios necessários à sua erradicação.

O magistério de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 289) esposava tal assertiva, ao assinalar que a própria construção do texto constitucional obriga e abriga uma interpretação no sentido de dele subtrair o caráter impositivo de efetivarem políticas públicas de ações afirmativas para proporcionar um clima propício à efetivação da igualdade substancial.

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 artigo 3.º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.

A estrutura linguística do artigo 3.º da CF/88 denota, com precisão, o sentido imperativo do conteúdo constitucional, no que tange à obrigatoriedade de se observarem os preceitos nele escritos, dentro daquilo que Konrad Hesse convencionou chamar de *força normativa da Constituição*, contrariando, por conseguinte, o pensamento constitucionalista pré-Segunda Guerra Mundial, capitaneado por Carl Schmitt, de acordo com o qual a Constituição de um país se apresentava apenas como uma carta de boas intenções, de teor meramente político, com caráter programático e não vinculativo, conforme já foi assinalado anteriormente. Situação revertida após a Segunda Grande Guerra, a partir de quando os preceitos constitucionais passaram a ter inegável valor jurídico.

Dessa forma, os mandamentos contidos no artigo 3.º e seus incisos deverão sempre nortear a postura do legislador infraconstitucional, na elaboração das leis, bem como do magistrado e dos demais operadores do direito, na interpretação e aplicação da norma posta, sobretudo quando se tratar de direitos e garantias fundamentais e se estiver em jogo o princípio constitucional da igualdade.

Infere-se, de tudo que já foi até agora exposto, que as políticas públicas originárias das ações afirmativas encontram seu núcleo duro de fundamentação constitucional no referido artigo 3.º da CF/88, visto que condensam

os valores e os objetivos propugnados por uma sociedade que se quer considerar mais justa, humana e fraterna, de modo que:

Não apenas a Constituição, mas o sistema jurídico nacional em sua inteireza curva-se, condiciona-se, efetiva-se pela apreensão do princípio figurado com aquela concepção consagradora da obrigação da adoção de comportamentos que afirmam diferenças injustas, historicamente ou mesmo no presente, para que se superem as discriminações e se tenha a prática eficaz da igualdade no Direito (ROCHA, 1996, p. 293).

É dizer, o dispositivo sob comento deverá sempre ser obedecido incondicionalmente, enquanto os problemas neles diagnosticados continuarem a fustigar a sociedade brasileira, até porque esta ainda não pode considerar-se livre, justa e solidária, de sorte que a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito é um fim a se realizar, cuja obra, evidentemente, acabou apenas de ter o seu início, notadamente no combate à pobreza e à miséria, causas maiores de nossas angústias e do atraso crônico brasileiro.

O artigo 5.º da CF/88, a seu turno, é pródigo ao discorrer sobre o racismo e qualquer outro tipo de discriminação e preconceito.

Artigo 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

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

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

Acerca dos preceitos insculpidos no artigo 5.º e seus incisos da CF/88, evidencia-se o princípio da igualdade como modelador do sistema jurídico brasileiro, na medida em que a topografia do princípio, alterada, pois, em seu

tratamento constitucional tradicional, demonstra bem o cuidado com a igualdade na estruturação do sistema fundamental inaugurado em 1988. Enfim, a importância do princípio da igualdade se constitui como alicerce de sustentação de todo o edifício levantado para consagrar os direitos fundamentais, o que reforça a tese segundo a qual, iniciado o tratamento dos direitos fundamentais com a afirmação do princípio da igualdade, expõe, ainda, a Constituição a extensão de sua obrigatoriedade ao legislador infraconstitucional pelas duas normas havidas nos incisos XLI e XLII do artigo 5.º da CF/88.

Quando disciplina os direitos sociais, o constituinte, no artigo 7.º, elaborou a representação de alguns fundamentos afirmativos, dos quais impõe mencionar:

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

[...]

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

[...]

XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII- proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos

[...]

XXXIV- igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Referentemente à nacionalidade, o § 2.º, do artigo 12, da CF/88 também proíbe textualmente a discriminação a estrangeiros, afirmando que “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”, de modo que a própria exceção à regra tem apoio na Constituição e diz respeito a assuntos de segurança nacional, os quais prevalecem em relação aos direitos dos estrangeiros. À frente, no capítulo destinado à administração pública, o inciso VIII, do artigo 37, da CF/88, preconiza que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”, em flagrante caso de ação afirmativa aos que detêm limitação de ordem física.

Não há outra alternativa jurídico-conceitual senão atribuir a este mandamento constitucional o *status* de legítima ação afirmativa, haja vista que, há séculos, os portadores de deficiência física sofrem todo tipo de preconceito e discriminação, de modo que representa uma tomada de posição ativa do Estado para abrir-lhes as portas do mercado de trabalho, cuja necessidade especial não influi substancialmente no desempenho de suas habilidades laborais. Nesse passo, ressalte-se que

[...] o advento da norma supratranscrita, que reserva percentual dos cargos e empregos públicos para aqueles que se veem a braços com essa insidiosa forma de discriminação, afirmando, então, historicamente, a ação que desiguala desiguales sociais para igualar juridicamente os sujeitos de uma relação cultural e tradicionalmente equivocada e injusta (ROCHA, 1996, p. 291).

Logo, o que mais prejudica o portador de necessidades especiais não são as barreiras impostas pelas deficiências físicas, as quais, muitas vezes, podem ser superadas – tendo em vista o elevado grau de avanço, atualmente, da medicina e da engenharia –, mas os obstáculos impostos pela própria família, pela sociedade e pelo poder público.

O inciso I, do artigo 151, *in fine*, da CF/88, suscita um exemplo de política pública destinada a manter a proporcionalidade e o equilíbrio econômico regional, ao estabelecer exceção à conduta da União na efetivação de uma política tributária equânime.

Artigo 151. É vedado à União:

I- instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal e a Município, em detrimento de outro, **admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país.** [sem grifos no original]

Em verdade, o dispositivo acima mencionado, ao lado da disposição prevista na alínea c, do inciso I, do artigo 159, da CF/88, representa a manifestação concretizada do objetivo constante do inciso III, do artigo 3.º, da CF/88, bem como o inciso VII, do artigo 170, da CF/88.

Outro exemplo convincente da fundamentação constitucional das ações afirmativas, que não as motivadas somente na questão racial, se fixa no tratamento diferenciado que deve ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, por conta do inciso IX, do artigo 170, da CF/88, situação esta já regulamentada com o advento da Lei Complementar n.º 123, de 14.12.2006.

A redação do inciso IX, do artigo 170, da CF/88, cujo capítulo cuida da ordem econômica e social, também é emblemática, eis que, neste ponto, nota-se um tratamento diferenciado não a um grupo de pessoas ou a uma etnia desfavorecida historicamente, mas sim a um segmento econômico primordial na geração de riquezas, emprego e renda, que ocupa a base da pirâmide no conjunto da atividade econômica do país. É no magistério de Cármen Lúcia Antunes Rocha que se encontra de forma clara a justificativa para se adotar esta postura constitucional (1996, p. 292):

Verifica-se que tanto a primeira quanto a segunda norma dispõem de uma definição voltada a um “tratamento favorecido” para as empresas nominadas, apresentando-se, pois, a regra como reflexo ou desdobramento aplicado do princípio da igualdade jurídica tal como concebido no constitucionalismo contemporâneo. É certo que a desigualação favorecedora, aqui, não tem a mesma natureza daquelas outras introduzidas em passagens diversas do texto constitucional, quer dizer, não tem a mesma natureza de condição pessoal, étnica, racial ou algo no gênero. Mas tem-se, com certeza, uma ação afirmativa determinada constitucionalmente no sentido do favorecimento de um grupo que dispõe de condição social e econômica de tal forma especial que se considera necessário ser tratado diferentemente para ter as mesmas oportunidades de permanência e crescimento, no caso, na atividade econômica.

Estendendo ainda mais o fundamento constitucional do tratamento diferenciado às microempresas e às de pequeno porte, na condição de ação afirmativa, constata-se que é reflexo também do suporte dado à livre iniciativa, à valorização do trabalho, ao pleno emprego, à livre concorrência, à preservação do direito do consumidor e à distribuição mais equânime dos bens produzidos pela sociedade. Vale dizer, então, que tal diferenciação não é um fim em si mesmo, mas instrumento de alavancagem para o desenvolvimento econômico e social do país.

Cite-se, por fim, na condição de políticas públicas de ação afirmativa de manifestação e de concretização do princípio da igualdade, com fundamento constitucional, a proteção ao índio, às comunidades quilombolas, à criança, ao adolescente, à mulher e aos idosos. Ou seja, prova-se que a Constituição desigual para realizar o princípio da igualdade, ou para efetuar a igualação jurídica para sobrepor à desigualação física, social e econômica um padrão que garanta, de maneira eficaz, a dignidade da pessoa humana na forma de princípio maior do Direito constitucional contemporâneo.

Destarte, caminha-se hoje na direção de uma acentuada preocupação pela dimensão social do homem e pelas questões que lhe dizem respeito, enfatizando mais o sentido de justiça e de equidade do benefício da ação social, do que dos eventuais direitos que assistem a cada indivíduo. [...] *“A pessoa é predominantemente tomada como ser racional dotado de vontade própria e realizando-se no exercício de sua liberdade. O humano é, pois, valorizado pela defesa de sua autonomia, o que acentua um pendor individualista”*. Todavia, tal pendor não impede a tendência para, no dizer de Apel, a construção de uma *“sociedade comunicativa”*, partindo da concepção do homem como um *“animal comunicante”*. O mesmo que, na concepção de Lévinas, diz respeito ao *“humanismo do outro homem”*, tendo como ponto de partida a alteridade. Neste sentido pode-se dizer que se parte de uma *“noção de pessoa calcada na singularidade da sua realidade concreta e na universalidade da sua humanidade”*. Do que é possível concluir que o ser humano toma consciência de si no relacionamento com os outros e com o seu meio ambiente, de tal maneira que a intersubjetividade, conforme já mencionado, passa a constituir uma dimensão da própria subjetividade (GIOSTRI, 2007, p. 168 e 169).

A ação afirmativa, entendida no contexto da CF/88, é a expressão da democracia mais atualizada, levando-se em conta a igualdade jurídica aqui preconizada, que deve ser promovida pela e na sociedade incondicionalmente, mediante um comportamento positivo, normativa e administrativamente imposto ou permitido.

A construção, portanto, da proposta constitucional e da prática política, administrativa e social da ação afirmativa, traduz, em nosso tempo, segundo as novas cores da experiência social vivida neste final de século, o princípio da igualdade, cuja aferição deixou de ser um dever social negativo para torna-se uma obrigação política positiva.

Outrossim, podemos concluir que o sistema de cotas raciais está diretamente vinculado às ações afirmativas, cuja definição é no sentido de que são políticas públicas, ou programas privados, que visam beneficiar determinadas pessoas, ou grupos de pessoas, na tentativa de reduzir alguma desigualdade, protegendo-as a fim de reverter uma situação de desigualdade e de discriminação. Neste sentido, o sistema de cotas raciais é uma das espécies de ações afirmativas, e não a única, de modo que há sistema de cotas para os deficientes, para as mulheres, para as pessoas advindas das escolas públicas e para pessoas carentes.

Não obstante, o sistema de cotas raciais deve ser analisado em cada caso específico. Nesta medida, o critério deve ser o mais objetivo possível. E aqui ele encontra o seu primeiro obstáculo, haja vista que a dúvida surge em encontrar um critério objetivo para identificar quem realmente pode ser considerado negro no Brasil. Além de objetivo, o critério deve ser também razoável e proporcional, ou seja, a proporção de vagas deve corresponder à proporcionalidade do número de pessoas beneficiadas componentes do conjunto social. Neste particular, pode-se ponderar que, no geral, a porcentagem de vagas para negros e para pardos nas universidades públicas, em que as cotas são adotadas, não corresponde à população de negros e de pardos do conjunto do povo brasileiro.

Sendo assim, o sistema de cotas raciais, a princípio, não seria inconstitucional. Ao contrário, sendo as ações afirmativas associadas à igualdade material e à igualdade como consideração, porque a finalidade delas é, logicamente, reduzir as desigualdades, elas estão a serviço de um fim constitucionalmente protegido. Logo, não há que se falar em violação ao princípio da igualdade, mas em sua afirmação constitucional, ainda que consideremos a alegação de discriminação reversa, isto é, ao beneficiar certas pessoas ou certos grupos, resultaria em prejudicar outras pessoas e outros grupos que não entram no sistema de cotas.

A polêmica que implica o sistema de cotas para negros é inegável, na medida em que uma de suas variantes consiste em se saber se ele é eficaz ou não e em se saber quem pode ser considerado negro num país miscigenado como o Brasil. Todavia, esta discussão se envereda para o campo político e social, que será objeto de aprofundamento em outro capítulo deste estudo. Porém, juridicamente falando, a rigor, as ações afirmativas, como gênero, e o sistema de cotas, como espécie, não violam o princípio constitucional da igualdade, pois traduzem a concretização da igualdade material, da igualdade como consideração e da equidade.

4.4 Ações afirmativas e o direito fundamental de igualdade

Os *direitos fundamentais* por si sós despertam polêmicas e controvérsias acerca de seu conceito e natureza, na medida em que o conteúdo jurídico que tentam expressar sofre variações no tempo e no espaço, bem como é entendida, invariavelmente, de acordo com as tendências ideológicas do intérprete. Entretanto, a essência dos direitos fundamentais, em síntese, se propõe a revelar aqueles direitos inerentes à promoção da dignidade da pessoa humana, cujos vínculos mais fortes se manifestam no direito à liberdade e no direito à igualdade ou às prestações positivas por parte do Estado. Sob esse aspecto, Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 143) prelecionam que

Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).

Nesse passo, as políticas públicas de ações afirmativas executadas pelo Estado em favor das minorias e dos grupos vulneráveis se consubstanciam em eficaz instrumento de efetivação da igualdade material, o que nos força a reconhecer que tal mecanismo é indispensável à manutenção do Estado social e democrático de direito, caracterizado pelas diferenças, mas que objetiva, a todo custo, combater as desigualdades.

A propósito, quando se salientam os quatro pressupostos que marcam o Estado de Direito democrático, a saber, a soberania popular, o pluralismo

político, os direitos fundamentais e a separação e a interdependência dos poderes, Paulo Otero (2010, p. 54), em relação aos direitos fundamentais, sustenta que,

No respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, razão pela qual se pode considerar que, sendo um Estado de direitos fundamentais, o Estado de Direito democrático, sem deixar de respeitar a precedência e prevalência da dignidade humana sobre a vontade popular, é também um Estado de direitos humanos que envolve um Poder político passivo ou abstencionista na limitação dos direitos de liberdade e, simultaneamente, um poder activo ou intervencionista na implementação das prestações inerentes à satisfação dos direitos sociais – há aqui uma síntese entre o Estado liberal e o Estado social;

Ontologicamente, os direitos fundamentais, para as constituições, possuem tamanha importância que, desde as primeiras cartas constitucionais liberais do século XIX³³, não se cogitava em se considerar constituição o conjunto normativo que viesse despido de um rol formal que consagrasse alguns dos então reputados direitos fundamentais:

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica “reserva de justiça”, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, “o fundamento e validade da constituição (=legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca”. [...] Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo (SARLET, 2009, p. 60 e 61).

Dadas a importância e a necessidade de proteção de certas categorias de direitos, sem os quais não haveria o reconhecimento de humanidade

³³ Exemplo clássico da relevância dos direitos fundamentais para a composição dos textos magnos pode retirar-se da leitura do artigo 178 da Constituição brasileira de 1824, cujos termos são os seguintes, na grafia original da época: Artigo 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias. Texto disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/brazil1824.html#mozToCId966862>. Acesso em 29.02.2012.

ao homem, destinatário dos princípios fundamentais mínimos que garantem a sua dignidade e sobrevivência, razão pela qual não há constituição sem o catálogo de direitos fundamentais, que requerem uma atenção maior para sua proteção por parte do Estado e da sociedade, haja vista que:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida e mais característica. Em razão disso, faz mister introduzir, talvez, nesse espaço teórico, o conceito de juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder (BONAVIDES, 2007, p. 587).

Não restam dúvidas, portanto, de que as constituições se elevam dentro dos ordenamentos jurídicos, sobretudo pelo fato de estabelecer os princípios éticos mínimos de dignidade da pessoa humana, também chamados de direitos fundamentais, de modo que a fixação deles nos textos constitucionais é tão marcante que as demais normas constitucionais materiais, a saber, as normas orgânicas dos poderes e da estrutura do Estado, têm o seu âmbito de atuação de acordo com a plasticidade atribuída aos direitos fundamentais catalogados no texto magno, ou seja, são os direitos fundamentais que definem o conteúdo jurídico-político das constituições.

Note-se, nesse aspecto, que os Direitos Fundamentais passam a assumir também uma dimensão institucional, na medida em que pontuam a forma de ser e atuar do Estado que os reconhece. Como cogitar de um Estado Democrático Social de Direito, se liberdades públicas e direitos sociais não são reconhecidos e protegidos. Assim sendo, porém, o Estado que os proclama e protege assume uma formatação específica, ditada pela pauta de Direitos Fundamentais que encampa (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2011, p. 143).

Aliás, tendo em vista a relevância com que é percebida pelas constituições, na temática sobre a natureza ideológica dos direitos fundamentais, Konrad Hesse (2009, p. 25) suscita a variação com que eles são tratados pelos povos ao redor do mundo, ao preconizar que:

Assim, um mesmo direito fundamental podia significar algo absolutamente diferente numa Constituição socialista e no texto constitucional de uma democracia ocidental; e, enquanto os direitos fundamentais ainda hoje, na Europa ocidental e na América do Norte, são interpretados basicamente segundo seu significado originário (clássico) como liberdades individuais e

direitos políticos, surgem, com peso desigual, outras dimensões: direitos sociais, de participação, de prestações para a satisfação das necessidades materiais básicas da população; especialmente em Estados do Terceiro Mundo, direitos de grupos e de Estados, como o direito ao desenvolvimento, à paz e à proteção do meio ambiente ou o direito de participar do *patrimônio comum da Humanidade*; os direitos humanos se veem, assim, coletivizados.

Portanto, em virtude do grau de desenvolvimento social e cultural que um dado povo atinge, a noção de direitos fundamentais sofre transformações, vale dizer, a recorrência e a necessidade de se refugiar nos direitos fundamentais a partir de um conceito mais social e de igualdade material são prementes nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, ao passo que o apelo aos direitos fundamentais, sob a ótica da liberdade, é constatado nos países industrialmente desenvolvidos. Em seguida, sustenta Hesse (2009, p. 25) o caráter heterogêneo dos direitos fundamentais, assinalando que:

As formas de garantir os direitos fundamentais podem ser diferentes, embora exista conformidade em seu conteúdo e interpretação, como ocorre no âmbito reduzido das democracias ocidentais. Nelas as soluções oscilam desde regular uma enumeração minuciosa de direitos fundamentais na Constituição (como sucede na Alemanha), ou remeter-se a uma Declaração histórica de Direitos Humanos (como na França), até reconhecer vigência aos direitos fundamentais como garantias não escritas (assim ocorre essencialmente na Grã-Bretanha). Na mesma maneira, é diferente seu desenvolvimento concreto, na medida em que vinculam o legislador ou a fiscalização judicial para garantir sua observância.

E quando encerra seu pensamento a respeito da definição de direitos fundamentais o faz no sentido de que:

Toda essa diversidade evidencia que a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos. Por isso, só tendo em conta esses aspectos torna-se possível uma compreensão objetiva das tarefas, da conformação e da eficácia dos direitos fundamentais (HESSE, 2009, p. 25).

Vladimir Brega Filho (2002, p. 66 e 67), na obra em que estuda o alcance e o significado da diversidade terminológica que encerra a expressão direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro, após apresentar algumas definições de direitos fundamentais, assevera que:

Fica evidente também que os direitos fundamentais são aqueles previstos na Constituição de um Estado. A partir daí podemos dizer que os direitos fundamentais são os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna.

Assim sendo, nota-se, de forma irrefutável, a índole indisponível dos direitos fundamentais, tendo em vista a historicidade que os particulariza diante dos poderes públicos, de forma que, prosseguindo no raciocínio, pondera ainda, com densidade, o citado autor que,

Em relação ao seu conteúdo, vimos no histórico dos direitos fundamentais que eles são compostos de uma série de direitos os quais foram sendo construídos paulatinamente. Existem os direitos de primeira, segunda, terceira e, segundo alguns, de quarta geração. Todos eles, não há dúvida, compõem o conteúdo dos direitos fundamentais. O texto constitucional o demonstra ao denominar o título II da Constituição de “Direitos e garantias fundamentais” e, a seguir, subdividir o título nos capítulos direitos individuais, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direito dos partidos políticos (BREGA FILHO, 2002, p. 66 e 67).

E conclui dizendo que: *Dessa forma, dentro do conteúdo dos direitos fundamentais devemos incluir todos os direitos necessários para a garantia de uma vida humana digna, sejam eles individuais, políticos, sociais e de solidariedade* (BREGA FILHO, 2002, p. 66 e 67).

Interessante observar a conotação dada por Eduardo Cambi (2009, p. 47 e 48) acerca da análise levada a efeito sobre os direitos fundamentais em seu *Neoconstitucionalismos e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*, após abordar o caráter histórico das dimensões dos direitos fundamentais, é dizer, os de primeira dimensão, relativos aos direitos políticos e civis, consubstanciados na liberdade, os de segunda dimensão, atinentes aos direitos sociais, plasmados pelo ideal de igualdade material entre os homens, e, por fim, os de terceira dimensão, de apelo ecológico e de proteção ao meio ambiente, emanados da fraternidade humana, sublinha que

Portanto, os direitos fundamentais não são fruto da *concessão espontânea* do detentor do poder. São as mudanças sociais que fazem surgir outras demandas e necessidades que reclamam novos direitos. Historicamente, os *direitos fundamentais se afirmam como leis dos mais fracos em oposição às leis dos mais fortes*. [...] Dessa maneira, os direitos fundamentais se revelam como os *direitos dos mais fracos* contra os que tinham mais força no estado de natureza hobbesiano (liberdade selvagem, presente no Estado de Natureza), contra o *absolutismo* dos poderes públicos (v.g., dos poderes políticos, até a sua separação, a representação popular, a responsabilidade política e o princípio da legalidade; do Poder Judiciário, até a sua sujeição à lei e o desenvolvimento das garantias penais e processuais; dos poderes administrativos e policiais, até a afirmação do princípio da legalidade no seu exercício e do seu controle judicial), contra quem é mais forte economicamente no mercado capitalista (afirmando-se, v.g., os direitos trabalhistas, as regras que protegem a livre concorrência, a transparência nos negócios jurídicos e a defesa dos direitos dos consumidores), contra o

absolutismo do poder doméstico (pela reforma do direito de família, com a promoção da igualdade entre os seus membros e a adoção de regras que protegem as pessoas mais vulneráveis no meio familiar), contra quem é militarmente mais forte na comunidade internacional, acabando com o velho absolutismo da soberania externa dos Estados, bem como limitando (ou tentando limitar) o neoabsolutismo dos grandes poderes econômicos e financeiros transnacionais.

Aponta o autor a principal característica dos direitos fundamentais, a saber, o caráter histórico da sua evolução, fruto das reiteradas reivindicações sociais, que rechaçam todo e qualquer elemento concessivo por parte do poder oficial. Outro não é o posicionamento de Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 143 e 144), no que tange à evolução histórica e à natureza *autogenerativa* de tais direitos:

Com efeito, essa natureza poliédrica, voltada à proteção da dignidade da pessoa humana em suas diversas dimensões, rende homenagens a um quadro histórico, pautado por uma evolução do ordenamento jurídico, que, antepondo-se a agressões variadas à dignidade do ser humano (escravidão, tortura, imposições religiosas, miséria etc.), foi respondendo com a criação de novas instâncias de alforria o cidadão, com novos círculos de proteção, que, a toda evidência, em uma relação de interação e de tensão dialética, vieram a ressignificar o próprio quadro das relações econômicas e sociais. Em outras palavras, esses níveis de proteção do indivíduo constituem produto de conquistas humanitárias que, passo a passo, foram sendo reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos dos diversos países. Essa dimensão autogenerativa dos Direitos Fundamentais impregna, sem dúvida alguma, o seu conteúdo. Eles não surgem das elucubrações dos legisladores, mas por estes são reconhecidos e constitucionalizados.

Tal fenômeno é importantíssimo para a aferição e para a configuração das ações afirmativas como mecanismo de promoção da igualdade, haja vista que elas nada mais são do que o resultado das lutas e reivindicações encabeçadas pelos negros americanos na conquista dos direitos civis a partir da década de 1960, para cujo sucesso a Suprema Corte teve papel central e indispensável e cujos efeitos se difundiram por várias partes do mundo, ecoando, com rigor, no Brasil, onde encontrou terreno fértil e propício ao desenvolvimento jurídico-constitucional.

José Afonso da Silva (2007, p. 178), ao discorrer sobre o assunto, preleciona que:

Diretos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas

prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Continua sua reflexão asseverando que:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (SILVA, 2007, p. 178).

E arremata dizendo que:

Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significam *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no artigo 17 (SILVA, 2007, p. 178).

Portanto, a definição de direitos fundamentais, em última análise, deságua sempre na noção da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano é, agora, o centro de todo o ordenamento jurídico, em direção ao qual todos os valores, bens e interesses estão voltados. E o papel da Constituição, de um modo geral, e dos direitos fundamentais de um modo particular, é garantir a vida digna e o mínimo existencial aos indivíduos. Eis aqui o fundamento básico das ações afirmativas no plano político e jurídico: assegurar que os marginalizados, os esquecidos, os *invisíveis*, os *sem-tudo* tenham o mínimo para a sua sobrevivência e desenvolvimento como pessoa humana, sendo que a atuação do Estado na prestação positiva dos meios necessários a certos grupos é um imperativo constitucional.

O princípio da igualdade, na condição de direito fundamental, e escopo das ações afirmativas, se aplica com muito mais rigor em relação ao poder público, uma vez que os seus agentes, ao contrário do particular, não têm autonomia de vontade para realizar determinados atos no exercício de suas funções, devendo se pautar, sobretudo, em uma conduta que possibilite a todos a mesma oportunidade.

Assim, a identificação dos destinatários do princípio da igualdade fica evidente, na medida em que, no Brasil, aquela diferenciação clássica, segundo a qual a igualdade, perante a lei, dirige-se ao legislador no exercício de sua função

legiferante e a igualdade, na lei, ao intérprete e ao aplicador do direito, no caso, o juiz e o administrador público, não possui grandes efeitos práticos, haja vista que tal distinção é irrelevante quando se percebe claramente que o princípio da igualdade insculpido na Constituição se direciona a todos os agentes públicos, indistintamente.

4.4.1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e ações afirmativas

No que tange aos particulares, ou melhor dizendo, nas relações jurídicas entre os particulares, é dizer, nas relações jurídicas de caráter horizontal e de coordenação entre os indivíduos e entre estes e as corporações, não existe dúvida de que os direitos fundamentais são a elas aplicados.

Nesta ordem, Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p. 1293), no que tange à complexidade de que resulta a aplicação dos preceitos fundamentais na seara privada, assinala que

Estamos agora perante os casos mais delicados da problemática da eficácia vinculativa das normas de direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada, não só porque a sua solução é complexa, mas também porque aqui vêm convergir muitas pré-compreensões ideológicas e mundividenciais. Os autores (Nipperdey, Leisner, Lombardi) salientam que a agressão aos direitos, liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de «*poderes sociais*» ou «*privados*» (associações, empresas, igrejas, partidos). Trata-se, no fundo, de uma refração da problemática geral do «domínio dos grupos», da «representação de interesses organizados», do «corporativismo», dos «complexos sociais de poder». No plano jurídico, alguns dos problemas do «poder dos grupos» têm vindo a ser regulamentados por legislação específica como a legislação do trabalho em caso de despedimentos, legislação sobre concorrência, legislação sobre cláusulas gerais de contratos e obrigação de contratar, legislação sobre a estrutura interna das associações.

Ou seja, em setores mais decantados do ordenamento jurídico, a exemplo do Direito do Trabalho e do Direito consumerista, não há grandes celeumas, na medida em que fica evidente que a intervenção do Estado é imprescindível à manutenção do equilíbrio contratual, muito embora a natureza eminentemente privada destas relações seja indiscutível.

Entretanto, a questão que se impõe diz respeito aos demais campos da vida privada em que as desigualdades materiais das partes contratantes não configuram uma situação muito clara e óbvia, no que se pondera se realmente torna-se necessária a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

Resta, porém, o tema de eficácia dos direitos, liberdades e garantias nestes «complexos sociais de poder». As categorias «poder privado» ou «poder social» não são juridicamente assimiláveis a «poderes públicos» e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da *Drittwirkung*. Todavia: (1) os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, podem também ser perturbadas por forças ou domínios sociais (Bachof); (2) a função de proteção objectiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia destes direitos no âmbito das relações privadas caracterizadas pela *situação desigualitária* das partes; (3) conseqüentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta e de decisão) que cumpram a função de proteção dos direitos, liberdades e garantias (CANOTILHO, 2003, p. 1293).

Assim, por conta da eficácia dos direitos fundamentais no plano privado, pelo menos, três teorias foram desenvolvidas sobre a sua aplicabilidade, direta ou não. É imperioso saber, pois, em que medida tais categorias de direito se aplicam ao âmbito das relações particulares.

4.4.2 Teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais

A primeira teoria, oriunda do direito norte-americano, preconiza a ineficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos Estados Unidos da América, em sua grande maioria, sustentam a tese de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado, não contra os particulares, na medida em que a Constituição norte-americana, desde quando foi criada, só prevê a eficácia vertical e de subordinação, no que se pode identificar ainda um apego à interpretação originalista, cuja acepção metodológica se atém à vontade dos pais fundadores.

Muito embora em alguns países da Europa – especialmente na Alemanha – seja reconhecida a chamada “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais constitucionais entre os particulares, nos Estados Unidos essa eficácia não encontra amparo nas decisões da Suprema Corte. O limite entre as esferas pública e privada são claramente demarcados, a partir de uma concepção filosófico-política de matriz liberal (APPIO, 2008, p. 102 e 103).

Contudo, a fim de mitigar os efeitos dessa teoria, foi desenvolvida a doutrina do *State Action* norte-americana que, na verdade, tenta contornar esta proibição de aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação entre particulares, na medida em que equipara alguns atos praticados por entes privados aos estatais, de forma a permitir que os direitos fundamentais também vivam entre as relações de ordem privada. Sobre este tema, Eduardo Appio (2008, p. 119 e 120) assevera que:

O debate em torno da doutrina da “ação do Estado” se revela especialmente complexo nos Estados Unidos hoje, visto que é resultado de um conflito evidente entre as posições filosóficas da Corte de Warren (notoriamente tida como liberal) e a Corte de Rehnquist (mais recente, tida como excessivamente conservadora). A Corte de Warren se destacou por amplificar as garantias contidas na Emenda 14, conferindo à cláusula do devido processo uma maior extensão, por meio da interpretação conferida à doutrina da ação de Estado. Nessa perspectiva, com grande ênfase nas questões raciais, a Suprema Corte compreendia que o Estado estava direta ou indiretamente envolvido com diversas iniciativas privadas, especialmente na área da educação, do que resultou que a cláusula do devido processo poderia ser oposta aos particulares. Já para a Corte de Rehnquist, mais conservadora, a ação de Estado somente estaria presente quando se pudesse visualizar, de modo claro, o Estado agindo diretamente ou por intermédio de seus representantes.

A cláusula do devido processo, na acepção norte-americana do termo, se refere às liberdades públicas asseguradas pela Emenda 14 da Constituição americana, sendo que, via de regra, o Estado, por meio de seus agentes públicos, seria, teoricamente, o sujeito violador destas liberdades públicas, isto é, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de ir, vir e permanecer e liberdade de consciência religiosa. Todavia, os particulares, que estivessem dotados de algum múnus público, poderiam, de maneira semelhante ao Estado, violar estas mesmas liberdades públicas de outros cidadãos, o que daria ensejo à proteção judicial pela via do *state action*: *A ação do Estado estará presente quando, por exemplo, uma entidade ou pessoa privada estiver no desempenho de uma função pública quando então a ação do particular estará sujeita à proteção da Emenda 14* (APPIO, 2008, p. 120). A doutrina do *state action*, ainda que não seja sistematicamente adotada nos Estados Unidos da América, atua de maneira casuística em determinadas situações, para evitar a proibição pura e simples de incidência direta dos direitos fundamentais nos atos praticados por agentes privados.

A teoria da ineficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, nos moldes do sistema americano, não tem encontrado apelo na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Aliás, até mesmo no direito comparado, ela possui aceitação minoritária.

4.4.3 Teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas

Esta teoria, por sua vez, defende o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais não se aplicariam diretamente pela interpretação dos textos constitucionais, mas somente de forma indireta, vale dizer, por meio de uma lei, que

autorizaria sua aplicação a certos casos. A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais – *mittelbare drittwirkung* – foi elaborada originariamente na doutrina alemã por Günter Düriz, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo até hoje adotada pela maioria dos juristas e pela Corte Constitucional Alemã.

Com efeito, parte ela da seguinte premissa: se se permitir que um direito fundamental, que se manifesta por meio de princípios, incida diretamente às relações entre particulares, acabaria aniquilando a autonomia da vontade e desfigurando o direito privado. Razão pela qual, na Alemanha, se defende a inaplicabilidade direta dos direitos fundamentais aos particulares. Seria, portanto, necessária a intermediação legislativa, ou seja, somente o parlamento, na condição de representante do povo, teria o poder de identificar e dizer quais são os casos e as relações de ordem particular para os quais haveria a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Esta tese, ainda que tenha o mesmo ponto de partida da teoria da eficácia imediata, de que os direitos fundamentais, além de estabelecerem direitos subjetivos públicos oponíveis ao Estado, também são uma ordem de valores que irradia efeitos em todas as esferas do direito, trata-se, contudo, de uma construção intermediária, um meio-termo, entre a construção doutrinária que simplesmente nega a vinculação dos particulares à observância dos direitos fundamentais e aquela que sustenta a incidência direta e imediata destes direitos na esfera privada. A dimensão objetiva e valorativa dos direitos fundamentais, segundo esta teoria, não acarreta a incidência direta nas relações privadas, mas implica a necessidade de que sejam levadas em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do Direito Privado.

Nessa linha, os direitos fundamentais não incidem como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípios.

Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e a autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança jurídica ao tráfico jurídico, e por outro, conciliar-se-ia

melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes (SARMENTO, 2006, p. 214).

Assim, seriam criadas aberturas no sistema jurídico de conexão mediante as quais os direitos fundamentais permeariam a esfera privada, por meio de cláusulas gerais retiradas da Constituição, cujos efeitos de irradiação alcançam o Poder Legislativo, que deve legislar as normas privadas à luz dos valores constitucionais.

Contudo, Daniel Sarmento salienta que a adoção da teoria da eficácia indireta torna a proteção dos direitos fundamentais refém da vontade incerta do legislador ordinário, fazendo com o que estes direitos não tenham uma proteção adequada, compatível com o seu *status* de fundamentalidade.

Dessa forma, apenas o Poder Legislativo poderia fazer com que se irradiassem os efeitos dos direitos fundamentais para o âmbito privado. É o chamado efeito irradiador dos direitos fundamentais, ou seja, eles irradiariam, por meio do legislador, seus efeitos às relações privadas. Com isso, o subjetivismo seria evitado, na medida em que o Poder Judiciário teria uma margem muito pequena de atuação ao aplicar os direitos fundamentais às relações privadas, de forma que a autonomia da vontade não fosse fulminada e o direito privado, desfigurado.

4.4.4 Teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais às relações privadas

Por último, surge a teoria da eficácia horizontal direta, pela qual se sustenta que há desnecessidade de intermediação legislativa no sentido de se proceder à aplicação direta dos preceitos fundamentais na esfera privada. Portugal, Espanha, Itália, Argentina, Brasil e África do Sul recepcionaram e efetivaram este entendimento.

A aplicação direta dos direitos fundamentais assevera, em síntese, que, a exemplo do que ocorre na relação entre Estado e cidadão, são eles aplicados também nas relações interparticulares, ou seja, sem intermediação legislativa. A ideia de vinculação direta de particulares aos direitos fundamentais teve na obra de Hans Carl Nipperdey o seu marco inicial, na qual o autor defendeu a tese de que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, por isso, não carecem de mediação

legislativa para serem aplicados às relações entre indivíduos e entre estes e corporações.

Não obstante, o autor justifica a sua ideia com base na opção constitucional pelo Estado Social, em cujo contexto as violações aos direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, mas também de terceiros em geral, pelo que se reconhece a incidência deles nas relações privadas para a busca da justiça social material. O referido autor salienta que não é necessário nenhum instrumento para infiltrá-los, como as cláusulas gerais, porquanto possuem natureza de direitos subjetivos dos cidadãos, podendo ser oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.

Na verdade, com a própria constitucionalização do ordenamento jurídico, em razão da qual o direito infraconstitucional fica ele todo permeado pelos princípios e postulados axiológicos insculpidos no texto constitucional, do qual é retirada toda a interpretação que, cada vez mais, lhe dá força normativa, o avanço do interesse público sobre as relações particulares se acelera com vigor, conforme se pode notar no diagnóstico feito por Luís Roberto Barroso (2010b, p. 363), *in verbis*:

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do Direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, à medida que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a “descodificação” do direito civil, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003.

E termina dizendo:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros

domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional (BARROSO, 2010b, p. 364).

Aliás, o próprio STF se manifestou na RE 161.243-DF, em que lançou mão, neste caso especificamente, da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares, determinando que a *Air France* dispensasse o mesmo tratamento dado aos funcionários franceses da companhia aos seus funcionários de outra nacionalidade. Porém, tal decisão não induz à conclusão categórica de que o STF tenha adotado a teoria da eficácia horizontal direta para todas as decisões em que é discutida a extensão dos direitos fundamentais ao âmbito privado.

4.4.5 Conclusões sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua relação com as ações afirmativas

Do exposto, pode-se ponderar que o desejável, o ideal, seria que o legislador regulamentasse os dispositivos constitucionais que expressam os direitos fundamentais. Todavia, em face da inexistência de legislação a respeito para diversas circunstâncias em que os direitos fundamentais exigem incidência, a obrigatoriedade de aplicá-los diretamente às relações de índole privada é imprescindível ao Estado Democrático de Direito, principalmente aqueles considerados de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, e, neste ponto, as ações afirmativas são instrumento indispensável à efetivação da igualdade, haja vista que esta é, de fato, um dos mais importantes direitos fundamentais, declarado expressamente pelo artigo 5.º da CF/88.

Diante da realidade brasileira, marcada por profunda desigualdade social e regional, deveríamos obedecer a uma postura que garanta maior efetividade aos direitos fundamentais, na medida em que somos pródigos em apresentar situações de extrema desigualdade entre as pessoas, de modo que, quanto maior for a desigualdade fática, maior deve ser a proteção dada aos direitos fundamentais da pessoa humana, em detrimento da autonomia da vontade e do direito privado.

Assim, à medida que a sociedade brasileira for se desenvolvendo e determinadas classes de indivíduos passarem a ter mais autonomia e emancipação econômica, política e social, a aplicação direta dos direitos fundamentais também poderia diminuir seu âmbito de irradiação em face do direito privado, e o papel do

Estado nesta questão não seria tão presente. Não obstante, outra questão que subjaz à discussão do assunto relativo à aplicação dos direitos fundamentais à esfera particular, tendo em vista a recepção do entendimento de que se aplicam diretamente às relações jurídicas entre os indivíduos, se refere à medida ou à extensão em que eles deverão ser aplicados a estas relações. Neste sentido, Robert Alexy (2008, p. 528) ensina que:

Atualmente a ideia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre *como* as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um *problema de construção*. A questão sobre *em que extensão* elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um *problema de colisão*. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre o titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.

É dizer, quando as pessoas estão numa situação fática de relativa igualdade, a autonomia da vontade e os princípios do direito privado deve ter, evidentemente, uma maior influência. Contudo, numa situação entre empregador e empregado, fornecedor e consumidor, embora sejam relações de natureza eminentemente privada, porém inexista uma igualdade fática, nestes casos, portanto, a proteção aos direitos fundamentais pelo Estado deve ser mais rigorosa e atuante.

Insta salientar, neste propósito, que J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1293 e 1294) defende o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais possuem sim eficácia horizontal direta nas relações encetadas por entes particulares, mas exorta, em nome do que ele designa de *núcleo irredutível da autonomia pessoal*, que certas situações particulares devem ser preservadas para não descaracterizar o próprio direito privado, chamando a atenção para o fato de que se deve evitar, em última análise, a *dupla ética*, uma para o setor público e outra para o privado. Neste sentido, pondera:

Num plano diametralmente diverso se situam os casos em que os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas dado que isso significaria um confisco substancial da *autonomia pessoal* e à qual não se pode contrapor um direito subjectivo público ou privado, cujo núcleo essencial seja sacrificado por uma utilização anormal

dessa autonomia. Só aqui se pode dizer não implicar a eficácia imediata dos direitos fundamentais proibir-se aos cidadãos aquilo que também é vedado ao Estado (Hamel). É difícil, por exemplo, argumentar com o princípio da igualdade ou proibição de não discriminação no caso de um pai que favorece um filho em relação ao outro através de concessão da cota disponível, ou de um senhorio que promove ação de despejo por falta de pagamento de renda, mas abdica desse direito em relação a outro inquilino, nas mesmas circunstâncias, pelo facto de este ter as mesmas convicções políticas. [...] A eficácia imediata dos direitos, liberdades e garantias na CRP postula ainda a interpretação aplicadora conforme a Constituição, fundamentalmente conducente a uma *interpretação conforme os direitos fundamentais*. Isso não significa uma absolutização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais com a correspondente capitulação dos princípios da ordem jurídica civil. Significa apenas que as *soluções diferenciadas* (Hesse) a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado. Estas soluções diferenciadas pretendem ter em conta a multiplicidade de relações jurídicas privadas e o diverso conteúdo destas mesmas relações, mas, de modo algum, podem servir para dar cobertura a uma «dupla ética no seio da sociedade» (J. Rivero). Essa «dupla ética» existe quando, por exemplo, se considera como violação da integridade física e moral a exigência de «testes de gravidez» às mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da «produtividade das empresas» e da «autonomia contratual e empresarial». O mesmo se verifica quando se considera intolerável a pressão dos poderes públicos sobre a liberdade de opinião, e se julga incensurável a pressão do «patrão» sobre o «assalariado», impedindo-o de se exprimir.

Resta ponderar, por esta linha de raciocínio, que as ações afirmativas, entre as quais se destaca aqui a adoção do sistema de cotas raciais para acesso à universidade pública, têm legitimidade como instrumento idóneo e necessário à promoção do direito fundamental à igualdade, neste ponto entendida sob o seu aspecto material, ou mais especificamente, como consideração, segundo o pensamento de John Rawls.

A eficácia horizontal, direta e imediata, dos direitos fundamentais possui pertinência com o instituto das ações afirmativas, na medida em que certos setores da iniciativa privada, cujos serviços oferecidos à sociedade são de relevante interesse público, em especial, na área de educação superior, por exemplo, devam adotar também uma postura positiva de inclusão dos grupos sociais ditos marginalizados, razão pela qual nada mais conveniente que tais entidades privadas, que explorem os ramos estratégicos do Estado, aperfeiçoem os sistemas de promoção de igualdade, a exemplo do que ocorre, semelhantemente, em relação ao poder público.

Enfim, as políticas públicas de discriminações positivas engendradas pelo Estado, diante de uma situação de profunda desigualdade, que, por si só, gera relações de extrema injustiça social, se amparam na nova ordem constitucional inaugurada em 1988. Ou melhor dizendo, estas medidas não só têm seu fundamento constitucional, mas, acima de tudo, se caracterizam como uma obrigação ou um imperativo insculpido na própria razão de ser do Estado Democrático e Social de Direito.

Crê-se, portanto, na mesma linha de pensar de Eduardo Cambi (2009, p. 43), que a função primordial do Estado é detectar, a todo instante, as vicissitudes sociais e, imediatamente, implantar as medidas de promoção da igualdade material para corrigir estas distorções sociais:

A discriminação racial contra os negros é injusta, não porque as pessoas não podem escolher a sua raça, mas porque essa discriminação expressa *preconceito*. Por isso, o Preâmbulo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial assevera que qualquer “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais e cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar nenhum”. Já o referido artigo 1.º desta Convenção conceitua a discriminação racial como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

E conclui argumentado que:

A neutralidade estatal se mostrou um fracasso ao longo dos anos, a exigir intervenções na realidade, mediante *ações afirmativas (ou positivas)*. Saliente-se que o artigo 1.º, § 4.º, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada sem reservas pelo Brasil, prevê: “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais e étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

Ora, se o Brasil internalizou os preceitos contidos no referido pacto, não há dúvidas que este compromisso internacional obriga, jurídica e constitucionalmente, o Estado brasileiro a tomar todas as medidas que estão a seu alcance para incluir, cada vez mais, os grupos marginalizados pelo processo histórico, principalmente os negros, por conta da previsão constata do § 3.º, do

artigo 5.º, da CF/88, acrescentado pela EC n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, que erigiu os termos deste Pacto à categoria de emenda constitucional.

Após elencar as outras três funções dos direitos fundamentais, quais sejam, a função de defesa ou de liberdade, a função da prestação social e a função de proteção perante terceiros, J. J. Gomes Canotilho conclui (2003, p. 409 e 410), apresentando a quarta função dos direitos fundamentais, a saber, a de não discriminação, nos seguintes termos:

Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar de **função de não discriminação**. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdade e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude da religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se, de igual modo, aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação). É com base nesta função de não discriminação que se discute o *problema das cotas* (ex: “parlamento paritário de homens e mulheres”) e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex: “cotas de deficientes”). É ainda com acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (“direitos dos homossexuais”, “direitos das mães solteiras”, “direitos das pessoas portadoras de HIV”). A última revisão (1997) acentuou claramente esta função antidiscriminatória dos direitos fundamentais (cfr. CRP, artigos 26.º, *in fine*, 46.º/4, 69.º/1, 109.º) e no mesmo sentido se orientam as mais recentes Convenções Internacionais (cf. *Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*, adoptado em Nova Iorque em 6/10/1999).

Significa dizer que um dos compromissos urgentes pretendidos pelos direitos fundamentais implica a efectivação das políticas públicas inerentes à eliminação de toda e qualquer forma de desigualdade, por meio das ações afirmativas em benefício das consideradas minorias, tendo em vista o carácter *multicultural* e *hiperinclusivo* da sociedade hodierna, o que pressupõe o papel eminentemente corregedor do Estado em face das desigualdades no seio da sociedade.

CAPÍTULO 05

O DEBATE E AS NOVAS PERSPECTIVAS ACERCA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

“A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”.

Hannah Arendt

Não obstante os desafios perpetrados pela Carta Constitucional de 1988, as discussões acerca das medidas públicas de discriminação positiva ganharam força no cenário político e jurídico brasileiro a partir da segunda metade da década de 1990 e se estenderam até a primeira década deste século, período no qual esteve em foco a adoção do sistema de cotas para negros nas universidades públicas com o objetivo específico de reparar os prejuízos provocados pelos longos anos de exploração e submissão ocasionadas pelo sistema colonial escravocrata implantado no Brasil pela coroa portuguesa, o que ainda se reflete nas péssimas e vergonhosas condições sociais infligidas à comunidade negra no Brasil.

A celeuma ainda persiste e está longe de encontrar o seu ocaso, na medida em que envolve interesses que há muito tempo vêm sendo usufruídos por apenas uma parcela de cidadãos brasileiros que, embora reconheça o avanço da sociedade e dos direitos, insiste em conservar o *status quo* que mantém à margem uma grande segmento da população, cuja maioria é, indiscutivelmente, formada pelos negros e pardos. E a questão ganha polêmica, sobretudo, porque diz respeito a um bem que significa e simboliza a emancipação e a libertação do homem em face de seu semelhante: a educação, e educação pública, de nível superior, gratuita e de qualidade.

Nesta órbita, Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 165 e 166), em apertada síntese, quando dissertam sobre o

princípio da igualdade, se posicionam favoravelmente à implementação das ações afirmativas de forma obrigatória para o Estado brasileiro, sempre recorrendo ao termo *grupo*, pelo que denotam uma tendência à ação do Estado em não apenas considerar a divisão da sociedade em classes, mas, também, em grupos minoritários, seja quantitativa, seja qualitativamente, os quais, com a pós-modernidade, se tornarão cada vez mais fragmentários.

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando, concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas. Nesse sentido, a disciplina constitucional da posse indígena (artigo 231, § 2.º), o trabalho da mulher (artigo 7.º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, VIII) e outras tantas regras. O constituinte furtou do intérprete a tarefa de verificar a correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção de regime jurídico, mas se deu pressa em definir que nessas hipóteses deve haver discriminações específicas para proteger determinado grupo de pessoas. Essa igualdade aplicada deverá ser reproduzida pelo legislador infraconstitucional.

J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 387) também faz uma observação construtiva acerca da metamorfose social por que passa a sociedade atual, reflexo da pós-modernidade, que tem implicações diretas na forma de se aplicarem políticas públicas tendentes a sanar as desigualdades provocadas pela forma de capitalismo mais recente:

As modernas sociedades há muito que perderam um dos seus traços característicos: identidade comunitária baseada numa forte homogeneidade social. Tornaram-se multiculturais, multiétnicas. No seio das sociedades inclusivas vivem minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas. Reconhecendo esta facto, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou, em Dezembro de 1992, uma *Declaração dos direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas*. A noção de minorias e de direitos de minorias levanta muitos problemas. **Minoria** será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominantes nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria

Falar em direito de minorias, inapelavelmente, induz à questão dos negros no Brasil e a polémica de que resulta a concretização do sistema de cotas raciais nas universidades públicas e no acesso aos cargos, empregos e funções públicas, pois envolve alguns interesses contrapostos em disputa.

Neste cenário, destaca-se o trabalho ímpar que a professora Roberta Fragoso Menezes Kaufmann desenvolve, sendo um estudo profundo, denso e esclarecedor, de caráter histórico, sociológico e jurídico, acerca da condição do negro no Brasil, de maneira que resgata toda nossa formação cultural, remetendo-nos ao período anterior à chegada e à colonização portuguesa na América, na medida em que retrocede à época em que Portugal se formara, de modo peculiar em relação ao resto da Europa, como nação, o que, indubitavelmente, explica as influências lusitanas na composição moral e ética do povo brasileiro, em particular o veio patrimonialista em que, grosso modo, não havia diferenciação entre o público e o particular nas relações de poder. Tudo feito com o objetivo de fundamentar a tese segundo a qual os vínculos raciais e sociais entre o branco português colonizador e o negro africano explorado se deram de forma totalmente distinta da que ocorreu nos Estados Unidos da América, no firme propósito de refutar a aplicação, acrítica, segundo ela, em nosso contexto, do modelo de ações afirmativas levadas a efeito nos moldes norte-americanos.

Na primeira parte do livro, na qual a autora procede à minuciosa análise de teor histórico e sociológico, são utilizadas, como principais referenciais teóricos, entre outras, as obras de Gilberto Freire, *Casa Grande e Senzala*, de Caio Prado Júnior, *Formação do Brasil Contemporâneo*, e de Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, buscando, desta forma, demonstrar, em linhas gerais, a circunstância de que a integração racial e cultural, no Brasil, sobretudo por meio da miscigenação, evoluiu de forma muito menos traumática e violenta daquela que foi constatada nos Estados Unidos da América, de sorte que, em última análise, a adoção das medidas positivas pelo Brasil, à semelhança do que ocorreu nos Estados Unidos, deve ser acolhida *grano salis* pela sociedade e pelo governo brasileiros, sob pena de se instalar aqui o que, de fato, nunca existiu: o ódio racial.

Nesse sentido, seria de bom alvitre trazer à colação o pensamento da obra de Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, que, de certo modo, representa, ainda que sucintamente, o plano central de Kaufmann. Para ele, a estigmatização do negro no Brasil, ao contrário do que ocorreu com os indígenas, se deve mais especificamente ao fato de que o primeiro, com a escravidão, exercera funções consideradas vis e degradantes para a época, de maneira que o

preconceito e a discriminação decorriam em virtude mais das atividades exercidas na economia colonial do que, propriamente, da cor da pele, na medida em que a inserção do negro na sociedade portuguesa, como escravo, se deu mesmo antes do descobrimento do Brasil. Dessa forma, o *negro jobs* foi determinante na formação do pensamento racial e preconceituoso em relação aos negros, e não especificamente a cor da pele. Tal segregação no que tange ao índio não ocorreu, até porque ele não se inseriu no processo de trabalho escravo de que os negros se encarregavam, situação que fez aproximar mais o índio e o branco português (HOLANDA, 1995, p. 53 a 56).

Desta forma, pela tradição lusitana, de que, incontestavelmente, somos herdeiros, o negro não sofreu qualquer tipo de restrição intransponível de ascensão social, tanto no Brasil, quanto em Portugal, em razão da cor da pele ou da raça, visto que a própria formação do povo português é multirracial, vale dizer, é resultado do encontro de várias outras raças e etnias, o que, de resto, não o impediu de assumir, mesmo que esporadicamente, alguns postos de destaque nas sociedades portuguesa e brasileira, ao contrário do que prevaleceu nos Estados Unidos, em que, pela circunstância de serem colonizados pelos ingleses, cuja visão a respeito do escravo era totalmente diferente da dos portugueses, a segregação, a violência e as investidas praticadas contra eles foram institucionalizadas como política de Estado.

Outrossim, a pesquisadora citada relata que, no Brasil, embora haja preconceito, eis que tal atributo é inerente à condição humana, não há discriminação institucionalizada, de fato e de direito, contra as comunidades de afrodescendentes, sendo até politicamente incorreta, no inconsciente coletivo pátrio, a prática de qualquer ato, isolado ou reiterado, que implique discriminação por motivos de raça ou cor de pele, pelo que a maioria esmagadora da sociedade brasileira se volta e se revolta, com virulência, contra atitudes desse jaez (KAUFMANN, 2007, p. 295 e 296)³⁴; ao passo que nos Estados Unidos, leis, atos administrativos e jurisprudência

³⁴ Não obstante a pesquisadora afirme que jamais houve discriminação racial institucionalizada, o fato é que, Eduardo Galeano (2004, p. 49 e 52), o mesmo autor da célebre *Veias Abertas da América Latina*, relata um triste episódio de nosso esporte: Da mutilação à plenitude. Em 1921, a Copa América ia ser disputada em Buenos Aires. O Presidente do Brasil, Epiácio Pessoa, baixou um decreto de brancura: ordenou que não se enviasse nenhum jogador de pele morena, por razões de prestígio pátrio. Das três partidas que jogou, a seleção branca perdeu duas. Nesse campeonato sul-

reforçaram e estimularam a prática racista e segregacionista em solo americano, quadro social este que só começou a mudar a partir da década de 1950 (caso *Brown v. Board of Education*, em 1954), com as manifestações populares em busca de mudanças estruturais e com o reconhecimento dos direitos civis dos negros em 1964, conquistados em razão de muita luta e sacrifícios de vidas humanas, razão pela qual, desde então, os poderes estatais norte-americanos passaram a adotar políticas afirmativas, principalmente o Poder Judiciário, em favor dos negros, por conta do histórico de vários anos de injustiças a que foram submetidos.

Com efeito, para demonstrar esta guinada na atitude estatal no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos, foram feitas remições e abordagens de casos emblemáticos levados às barras da Suprema Corte americana, nos quais se pôde perceber a efetiva mutação de mentalidade, tanto na sociedade quanto na burocracia do Estado, acerca das políticas públicas a serem efetivadas, não apenas em favor dos negros, mas também em benefício de grupos vulneráveis que realmente precisam de medidas positivas a fim de que se corrijam algumas distorções sociais.

A rigor, o mérito da obra de Kaufmann é incontestável não só para as letras jurídicas, mas também para a revisão histórica e sociológica do Brasil, uma vez que condensa as peculiaridades do povo brasileiro, nesses mais de quinhentos

americano Friedenreich não jogou. Naquela época, era impossível ser negro no futebol brasileiro, e ser mulato era difícil: Friedenreich entrava em campo sempre tarde, porque no vestiário demorava meia hora esticando o cabelo, e o único jogador mulato do Fluminense, Carlos Alberto, branqueava a cara com pó-de-arroz. Depois, apesar dos donos do poder e não por causa deles, as coisas foram mudando. Bem mais tarde, com o passar do tempo, aquele futebol mutilado pelo racismo pode se revelar em toda plenitude de suas diversas cores. Após tantos anos é fácil comprovar que foram negros ou mulatos os melhores jogadores da história do Brasil, de Friedenreich a Romário, passando por Domingos da Guia, Leônidas, Zizinho, Garrincha, Didi e Pelé. Todos vinham da pobreza, e alguns voltaram a ela. Por outro lado, nunca houve nenhum negro ou mulato entre os campeões brasileiros de automobilismo. Como o tênis, o esporte das pistas exige dinheiro. Na pirâmide social do mundo, os negros estão em baixo e os brancos estão em cima. No Brasil chamam isso de democracia racial, mas a verdade é que o futebol oferece um dos poucos espaços mais ou menos democráticos onde as pessoas de pele escura podem competir em pé de igualdade. Podem, mas até certo ponto – porque também no futebol uns são mais iguais que os outros. Embora tenham os mesmos direitos, nunca competem nas mesmas condições o jogador que vem da fome e o atleta bem alimentado. Mas pelo menos no futebol há alguma possibilidade de ascensão social para o menino pobre, em geral negro ou mulato, que só tem a bola como brinquedo: a bola é a única varinha mágica em que pode acreditar. Talvez ela lhe dê de comer, talvez ela o transforme num herói, talvez em deus. A miséria o torna apto para o futebol ou para o delito. Desde que nasce, esse menino é obrigado a transformar em arma sua desvantagem física, e rapidamente aprende a driblar as normas da ordem que lhe negam um lugar. Aprende a descobrir como despistar cada pista, e torna-se sábio na arte de dissimular, surpreender, abrir caminho onde menos se espera e tirar o inimigo de cima com um requiebro de cintura ou qualquer outra melodia da música malandra.

anos de epopeia histórica, com suas vitórias e derrotas, virtudes e vícios, benefícios e malefícios, bons e maus exemplos.

Todavia, conquanto a nossa formação étnico-cultural se distinga completamente da realidade americana, pois, conforme a própria autora salienta, a miscigenação é o traço característico do povo brasileiro, algo deve ser feito de imediato em relação à causa do negro no Brasil, haja vista que os problemas sociais no Brasil têm cara e têm cor: a miséria que atinge majoritariamente os negros segregados nas favelas e nos presídios brasileiros. Os negros das senzalas à época da escravidão foram substituídos pelos negros e pardos que abarrotam as celas insalubres e medievais de nossa estrutura carcerária.

Portanto, o sistema de cotas deve sim ser adotado como *uma* das medidas afirmativas para corrigir estas distorções, a exemplo de outras que já estão sendo tomadas em favor de diversos segmentos vulneráveis: mulheres, crianças, portadores de necessidades especiais, idosos e indígenas. Logicamente, a importação desse sistema de cotas não deve ser adotada pura e simplesmente da forma como é aplicada nos Estados Unidos, conforme bem adverte a autora. É necessário adaptá-las à realidade brasileira, com suas *nuances* e particularidades, tendo em vista, sobretudo, a variável relativa à miscigenação, eis que, em razão disso, torna o processo de efetivação do sistema de cotas, no Brasil, exponencialmente mais complexo, se comparado aos Estados Unidos. Entretanto, tal circunstância não pode servir de subterfúgio para excluir *in limine* qualquer projeto que pretenda reforçar a inclusão dos negros em postos importantes da sociedade e do Estado brasileiros.

Entrementes, o grande trunfo da adoção de políticas afirmativas é justamente o fato de desencadear, no seio da comunidade, os debates, as discussões, o intercâmbio de ideias e de opiniões a respeito de determinados assuntos de relevância política e social. Desse modo, a tão sonhada reforma estrutural da sociedade brasileira, com a correção de mazelas e de desníveis sociais endêmicos, que há séculos fustigam o ideal de tornar o Brasil uma potência no cenário mundial, pode ter dado sua largada, haja vista que a adoção ou não das ações afirmativas em prol da comunidade afrodescendente no Brasil exige a ampla participação da sociedade civil na resolução dessa pendência.

Outro detalhe importante a ser destacado é que o problema das cotas estaria sendo debatido ideologicamente. É bom que se diga, no entanto, que todo debate possui carga ideológica, do contrário não seria debate, confronto de ideias e de pontos de vista diferentes. Porém, taxar a discussão acerca das ações afirmativas de serem eminentemente ideológicas, no sentido pejorativo da palavra, é ação retórica para esvaziar os fundamentos utilizados para efetivar sua implantação, até porque a própria autora assina a petição inicial da ADPF 186, promovida pelo DEM, em que se questiona a constitucionalidade dos atos que as estabelecem em prol dos negros nas universidades públicas. Ademais, o ideal é que assim seja: ideológico.

Apenas para corroborar tal assertiva, qual seja, a ideologização da temática das ações afirmativas, basta analisar, ainda que superficialmente, as variadas conclusões às quais chegaram os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando se viram às voltas com os casos mais emblemáticos, envolvendo as demandas sobre ações afirmativas, em que o elemento raça era o ponto fulcral da controvérsia, tendo em vista a concepção que cada um deles possui sobre o princípio constitucional da igualdade (KAUFMANN, 2003, p. 186 a 204). Na verdade, o juiz, enquanto ator social, ao decidir uma demanda, em particular as que envolvem a colisão de princípios, os conhecidos *hard cases*, não se desvem totalmente das influências ideológicas que lhes moldaram a personalidade e o intelecto, de maneira que, invariavelmente, optará de acordo com as suas propensões, cujos fundamentos jurídicos serão formatados nos moldes dos princípios da ideologia que o juiz procura seguir.

Nas decisões da Suprema Corte americana, o desfecho jurisprudencial quase sempre navegou ao sabor dos ventos ideológicos que sopravam em determinado momento histórico e político: se a conjuntura política era democrata, venciam as medidas afirmativas; se republicana, contingenciavam-se tais ações. Enfim, não obstante as disputas em torno das ações afirmativas não serem novas, ainda estão longe de encontrar um ocaso satisfatório às concepções ideológicas tão antagônicas e polarizadas.

Nesta óptica, não há como negar que, ideologicamente, os arautos da implementação das políticas afirmativas estão mais à esquerda do processo de

organização social, de matiz progressista e inclusiva; ao passo que os combatentes de tais medidas se localizam mais à direita, de índole conservadora e reacionária, na clássica distinção esmiuçada por Norberto Bobbio (1995, p. 32), o que foi muito bem captado por Daniel Sarmiento (2006b, p. 27 e 28):

A Nova Direita, que ganhou força a partir dos governos de Margareth Thatcher na Inglaterra e de Ronald Reagan nos Estados Unidos, conjuga o conservadorismo no campo social (preocupação com os valores familiares tradicionais, truculência em relação às minorias, política da *law and order* no campo penal etc.), com o liberalismo na seara econômica, na qual preconiza uma diminuição no tamanho do Estado, com a redução drástica dos gastos sociais.

Dessa forma, as políticas públicas de discriminações positivas foram apropriadas pelo discurso das esquerdas, cuja bandeira foi empunhada por seus militantes com o objetivo de atingir a tão sonhada igualdade, projeto ressuscitado após a derrocada do socialismo real, mas que têm como contraponto as investidas reacionárias da nova direita, que contesta essa forma de instrumento de promoção de igualdade.

Outrossim, a questão negra no Brasil, em virtude de suas peculiaridades, entre elas a miscigenação e as implicações práticas das ações afirmativas que o caso encerra, requer uma reflexão de valiosa importância, cujo teor extraímos do texto elaborado por Gisele Cittadino, que trata da filosofia constitucional contemporânea (2009, p. 159 a 170), em face do qual será pertinente cotejar as ponderações defendidas por Roberta Fragoso Menezes Kaufmann.

A previsão constitucional dos direitos fundamentais, em cujo rol figura altaneira a igualdade, expressa mais a vontade e a autodeterminação da comunidade do que o reconhecimento do que os indivíduos naturalmente são. Assim, quando a Constituição declara que os cidadãos têm direito à igualdade, ela revela, em última análise, uma vontade: a de que, de fato, ocorra esta igualdade entre as pessoas. O Estado e a sociedade devem promover esta igualdade; há uma determinação expressa, neste sentido, direcionada a eles, a fim de que realizem esta igualdade.

Com efeito, a Constituição, nesta perspectiva, define um projeto e não apenas um procedimento neutro que assegura direitos e liberdades. Em outras palavras, é mais vontade e autodeterminação da comunidade do que independência

individual em relação à autoridade estatal ou aos demais indivíduos. Vale dizer que os sistemas de direitos constitucionais garantem, portanto, as liberdades positivas enquanto capacidade de determinação e controle de uma existência conjunta. Enfim, é atribuir direitos para reconhecer capacidades, de sorte que estas capacidades devem ser, sim, desenvolvidas e isto não pode ser feito senão em uma sociedade cujas práticas culturais respeitem esta possibilidade.

Nesta medida, cultura e identidade sofrem forte impacto das práticas constitucionais, na medida em que a Constituição, enquanto projeto, revela um sentimento compartilhado, uma afinidade e uma história comuns, um compromisso com certos ideais: *Eu sou acolhido por um grupo, me identifico com ele, compartilho valores com este grupo e luto por estes valores*. Eis o processo no qual se inserem as práticas constitucionais.

No campo dos direitos fundamentais existem dois grupos diferentes: (1) direitos dos indivíduos pertencentes às minorias; (2) direito das minorias propriamente ditas. Indivíduo e grupo e grupo/indivíduo surgem estreitamente relacionados. Como pessoas, não podem reivindicar outra coisa senão a do tratamento como igual quanto aos direitos fundamentais. Enquanto grupo, põe-se o problema de *direitos colectivos especiais* dada a sua identidade e forte sentimento de pertença e de partilha (língua, religião, família, escola). Neste sentido se fala de minorias *by will* (em contraposição às minorias *by force*): aquelas que atribuem valor à sua diferença e especificidade relativamente à maioria, exigindo a protecção e garantia efectiva desta diferença e especificidade (cfr. Convenção Quadro para a Protecção de Minorias Nacionais, de 1995, e ratificado por Portugal em 25/06/2001) (CANOTILHO, 2003, p. 387 e 388).

Conforme preconizam Walzer e Taylor (*Apud* CRUZ, p. 83 e 84), para os quais as decisões de índole política só se justificam relativamente a e à luz de valores comunitários prevaletentes, e jamais de modo imparcial, a ideia de cidadania ativa define e interpreta o conteúdo dos direitos fundamentais. As liberdades positivas, que permitem esta cidadania ativa, atribuem à autonomia pública a tarefa de configurar e interpretar a Constituição, na qualidade de projeto que traduz a vontade coletiva.

Muito instigadora a divergência entre o pensamento de Bruce Ackerman, que reputa a Constituição, enquanto um ato profundo de autodeterminação política, e os direitos fundamentais do cidadão não como direitos substanciais, mas, sim, procedimentais, e o de Rawls e de Dworkin, segundo os quais os direitos básicos possuem conteúdo substancial.

É procedimental porque todos os indivíduos detêm o direito básico de participar do processo político-deliberativo, por meio do qual determinam o conteúdo substantivo dos demais direitos fundamentais, da mesma forma como definem os seus destinatários primordiais: o primeiro, e mais fundamental, é o direito de cada indivíduo ao reconhecimento dialógico como um cidadão em uma conversação política em desenvolvimento (CITTADINO, 2009, p. 163). Portanto, é o diálogo social que define o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais, entre eles a igualdade.

Portanto, o direito de participar de decisões políticas, sejam elas de cunho legislativo (discurso de justificação de norma) ou administrativo/judicial (discurso de aplicação de normas), alterou qualitativamente a noção de igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito. [...] A igualdade procedimental do período contemporâneo deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da Sociedade. [...] Por conseguinte, a preocupação atual volta-se para o respeito aos direitos humanos em função das particularidades individuais e coletivas dos diferentes grupamentos humanos, os quais se distinguem por fatores tais como a origem, o sexo, a opção sexual, a raça, a idade, a sanidade, a realização etc. (CRUZ, 2009, p. 11 e 12).

Essa também é a posição de Ackerman, que vai de encontro à teoria contratualista, pois esta pressupõe a aquisição súbita da cidadania mediante um contrato hipotético, enquanto aquela sustenta a vinculação com a cultura política compartilhada em comunidade, de maneira que o diálogo é o laço central que a todos une: os direitos só adquirem realidade após as pessoas se confrontarem com o fato da escassez e começarem a argumentar acerca de suas consequências normativas. Para Ackerman, o equívoco dos contratualistas é impor a existência de individualidades que atuam, em um espaço prévio, como seres independentes, uma abstração filosófica. Na verdade, com Michael Walzer e Charles Taylor, Ackerman defende a ideia de que a identidade individual não é constituída senão por referência à comunidade social na qual a pessoa se insere.

As comunidades políticas, invariavelmente, promovem ações coletivas de mobilização popular, que podem renovar ou redefinir-lhes a identidade política. A criação ou a alteração constitucional é sintoma desses movimentos, porquanto a Constituição se configura em poderoso símbolo político de identidade nacional, e não apenas em fetiche legalista (CITTADINO, 2009, p. 165). Se os movimentos históricos são o resultado de esforços coletivos que refutam certos

caracteres do passado, então uma constituição oferece [...] *uma possibilidade para definir afirmativamente os princípios que separam a nova era do velho regime* (CITTADINO, 2009, p. 165). Há, portanto, uma conexão intrínseca entre revolução e constituição, de sorte que, neste particular, as transformações no sistema estruturais são de responsabilidade do povo e não dos políticos e dos burocratas.

Democracia e Constituição são dualistas, ou seja, elas procuram distinguir duas diferentes decisões que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é a decisão do povo. A segunda, a dos governantes (CITTADINO, 2009, p. 165). Alexander Hamilton, citado por Eduardo Appio (2009, p. 03), resume perfeitamente o pensamento ora esposado: *a vontade legítima de um povo está sintetizada na constituição e as vontades transitórias, nas legislaturas*.

A própria história do constitucionalismo americano comprova que a autodeterminação do povo, em dados momentos, é capaz de romper com o passado, alterar o presente e determinar os rumos do futuro. Ackerman pretende demonstrar que, a despeito da longa sobrevivência da Constituição, não é possível interpretar a história constitucional americana a partir de uma ideia de continuidade. Ao contrário, estes momentos históricos revelam rupturas e revoluções, no sentido de que as regras fundamentais da prática política se sujeitaram a transformações substanciais. Os momentos históricos, em última análise, comprovam que o povo, quando quer, é capaz de modificar substancialmente os rumos constitucionais da comunidade. Democracia e Constituição são dualistas, visto que, de um lado, asseguram a autonomia privada dos indivíduos nos momentos de estabilidade política e, neste aspecto, protegem os direitos do cidadão; e, de outro lado, garantem a plena autonomia pública dos cidadãos quando eles decidem alterar e redefinir a sua própria identidade política, sendo que, neste último caso, não há limites ao processo de autodeterminação da comunidade política.

Ackerman, de novo, se vê em lado oposto a Rawls e a Dworkin, haja vista que estes últimos, liberais convictos, defendem a tese segundo a qual os direitos fundamentais estariam imunes, entrincheirados do assédio decorrente do poder revolucionário da autonomia pública. Ackerman, democrata, considera ilimitado o influxo das forças revolucionárias oriundas dessa autonomia pública do povo. Ele inverte a lógica propugnada por Rawls e Dworkin, pelo fato de afirmar que

a Constituição dualista é, em primeiro lugar, democrática; e, em segundo lugar, protetora de direitos. Rawls e Dworkin postulam que a Constituição, *a priori*, tutela direitos; após assegurá-los, autoriza, *a posteriori*, o povo a exercitar sua vontade sobre outras questões (CITTADINO, 2009, p. 168). Para Ackerman, é o povo a fonte dos direitos; e a constituição não soletra os direitos que o povo deve aceitar.

Ackerman, em última análise, segundo sua concepção democrática e procedimentalista da constituição e dos direitos fundamentais, assevera que eles devem guarnecer o acesso e a participação nas decisões políticas da comunidade, cujas consequências, ou seja, a formulação dos direitos dessa deliberação coletiva, seriam posteriormente objeto de proteção, exercício e efetivação pelo Estado e pela sociedade. O que existe de fundamental para Ackerman, neste aspecto, é a prevalência da autonomia pública sobre a privada, uma vez que os direitos, por mais fundamentais que sejam, estarão sempre sujeitos às dificuldades e aos conflitos estabelecidos pelo processo histórico. Enfim, os padrões morais superiores da comunidade política não são considerados, por ele, definitivos e absolutos, de modo que a Constituição deve apenas garantir – e neste aspecto é crucial – a possibilidade de que o futuro esteja aberto às decisões políticas dos movimentos populares.

As ponderações de Ackerman se encerram no conceito de *constitucionalismo patriótico*, que é a capacidade de autodeterminação da comunidade política de, em momentos decisivos, alterar legitimamente os seus componentes políticos e normativos, de acordo com a variação da ordem de valores propugnados por ela.

Assim, muito embora Kaufmann refute os fundamentos filosóficos do princípio constitucional da igualdade no debate relativo às ações afirmativas, na medida em que ele pode ser suscitado por ambas as partes envolvidas na discussão, os que as defendem e os que as atacam (2003, p. 210), o fato é que – não importando aqui o nome que se dê a esse tipo de postura e de iniciativa: ações afirmativas, políticas afirmativas, discriminação positiva, ação positiva ou medidas positivas, bem como a sua origem de um Estado assumidamente liberal – os Estados Unidos da América – as ações afirmativas são meios eficazes na promoção da igualdade material e da justiça distributiva e compensatória, configurando

importante instrumento na realização dos tão propalados e difundidos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, principalmente em países de modernidade tardia, de que o Brasil é um caso típico. Até porque, atos que encerram a promoção da igualdade material já existiam muito tempo antes de se difundir a nomenclatura *ações afirmativas*.

Exemplificativamente, temos o reconhecimento dos direitos sociais dos trabalhadores, os quais, ante sua condição de inferioridade socioeconômica frente ao empregador, necessitaram de incisiva atuação estatal nas relações de trabalho, a fim de que se resguardasse certo equilíbrio entre as partes contratuais. O mesmo resulta das relações de consumo, em que a hipossuficiência do consumidor perante o fornecedor justifica a proteção jurídico-legal em favor daquele. Teríamos uma infinidade de situações que poderiam fundamentar a adoção de cotas nas universidades em prol dos afrodescendentes. Entretanto, a pergunta que se faz é: se existem ações afirmativas para os mais variados segmentos sociais vulneráveis, por que não adotar políticas públicas em favor dos negros para viabilizar seu acesso à universidade pública? Seria pelo fato de a educação pública de qualidade ser sinônimo de emancipação individual e social do homem à procura da felicidade?

O pluralismo cultural, social, político e filosófico é peculiar à formação da sociedade brasileira, de modo que o respeito e o incentivo a tais manifestações representam um mandamento de ordem jurídico-constitucional, cuja observância direciona-se aos poderes políticos constituídos, é dizer, ao Estado, e à própria sociedade, marcada pela heterogeneidade. Neste sentido, Eduardo Appio (1997, p. 172) pondera que:

Com o aumento dos grupos de interesse, somente uma sociedade que assuma a pluralidade como sua principal característica pode evitar a guerra de todos contra todos, pois os interesses tendem a, naturalmente, se contraporem, de maneira que os grupos mais poderosos irão suprimir a capacidade de expressão e atuação dos mais fracos.

Aliás, no que diz respeito ao pluralismo, na condição de valor a ser perpetrado pelo Estado Democrático de Direito, Paulo Otero (2010, p. 56) observa que *I. O Estado de Direito democrático é, antes de tudo, um Estado pluralista, isto no sentido de Estado antitotalitário: sem pluralismo não há democracia e sem democracia não pode existir um Estado de Direito democrático*. Assim, na visão

professor da Universidade de Lisboa, Estado Democrático de Direito, democracia e pluralismo estariam imbricados uns aos outros de tal forma que a essência de um deles se descaracteriza completamente sem a presença dos outros, em um perfeito círculo virtuoso de relação de valores constituintes de uma justiça material e concreta. Com efeito, a construção teórica proposta por Paulo Otero, tomando por base a inflexão de um valor sobre o outro, na edificação de uma sociedade democrática, plural, humana e justa, é lapidar:

I. O princípio pluralista envolve, segundo os quadros da democracia fundada na vontade do povo, quatro principais áreas de projeção: (a) O pluralismo pressupõe e determina o respeito e a garantia dos direitos fundamentais: não existe pluralismo sem direitos fundamentais, nem direitos fundamentais sem pluralismo; (b) O pluralismo assume um significado político legitimador: sem pluralismo político a democracia não é democrática e sem democracia o pluralismo não é plural; (c) O pluralismo reflecte-se a nível organizativo do Poder político: o pluralismo exige a divisão ou partilha da decisão política e jurídica por vários órgãos interdependentes ou estruturas representativas de diversos interesses, sensibilidades ou correntes de opinião, sem concentração, monopolização ou absolutização do poder num único órgão ou titular; (d) O pluralismo expressa-se também no âmbito da intervenção participativa no procedimento da decisão pública: o pluralismo procura conciliar a democracia representativa com a democracia participativa.

Porém, a análise de Paulo Otero (2010, p. 56) acentua e torna clara a relevância de se conceber uma realidade permeada pelo pluralismo em uma sociedade democrática e participativa, na medida em que:

O pluralismo é expressão e fonte, simultaneamente, de uma sociedade aberta, heterogênea de interesses e tolerante às diferenças, encontrando no dissenso, enquanto manifestação de uma cultura do reconhecimento e valorização da diversidade e do contraditório, a sua essência: a unanimidade é intrinsecamente contrária ao pluralismo, tal como o pluralismo é radicalmente adverso a um pensamento único, a uma ideologia oficial ou à unicidade organizativa da sociedade. O pluralismo pressupõe diferentes visões concorrentes do mundo e da sociedade, sem prejuízo do respeito por uma ordem de valores que, alicerçada na dignidade da pessoa humana, postula a tolerância e o respeito pelas diferenças: no ser humano reside a raiz do pluralismo e deverá ainda ser em função do ser humano que o pluralismo se desenvolve.

Nesta linha de pensamento, o modelo pluralista, segundo o projeto elaborado por Paulo Otero, se fundamenta, no contexto democrático, na tolerância recíproca entre os membros desta sociedade, na igualdade de oportunidades entre todos os grupos integrantes desse espaço social e no consenso estrutural em relação aos meios concebidos para a garantia da democracia e da igualdade, ou

seja, no respeito às “regras do jogo” (OTERO, 2010, p. 57). Essas três exigências formam as condições básicas do modelo pluralista de convivência social.

Neste contexto, não se pode negar que as ações afirmativas figuram entre os direitos e as garantias fundamentais definidos na Constituição Federal de 1988, bem como entre os mecanismos e os instrumentos inerentes ao acolhimento do pluralismo político, haja vista que são medidas tomadas pelo Estado e pela própria sociedade a fim de eliminar ou, pelo menos, reduzir desigualdades e compensar perdas provocadas pela discriminação e pela marginalização. Os artigos 5.º, *caput*, e seu inciso I, 3.º, inciso III, 170, inciso IV e 206 *caput*, da CF/88, seriam alguns dos mandamentos constitucionais que autorizariam, desde logo, a assunção pelo Estado brasileiro de políticas públicas voltadas para as minorias e para os grupos desprotegidos.

Em uma escala de gradação, as ações afirmativas figurariam em um nível mais concreto e tangível, o princípio da igualdade, em um nível intermediário, e o postulado da dignidade da pessoa humana, em um nível mais elevado, eis que se consubstancia em centro axiológico dos sistemas constitucionais e jurídicos dos Estados Democráticos de Direito, ou seja, é a base moral e parte do conteúdo dos direitos fundamentais.

Ademais, significa o postulado da dignidade da pessoa humana, em primeiro lugar, liberdade: os indivíduos detêm o direito à autodeterminação de suas vidas, a faculdade de fazer suas escolhas existenciais básicas; significa também, já em um segundo momento, a noção de igualdade, vale dizer, a ideia de igual respeito e consideração por parte do Estado, da sociedade e dos demais indivíduos, sendo que, aqui, na igualdade, começa a se aproximar do instituto das ações afirmativas.

Outro mito difundido pelos críticos do sistema de cotas raciais consiste na afirmação de que o desempenho de alunos cotistas iria diminuir a qualidade intelectual do conjunto acadêmico, o que vem sendo reiteradamente desmentido³⁵.

³⁵ Desempenho de cotista é igual ou superior ao dos demais estudantes, apontam pesquisas. Evasão entre cotistas é menor ou igual a de alunos que entraram para as universidades sem benefício de cotas. Por Carolina Rocha e Marina Morena Costa, em 24/12/2009 06:07. Pesquisas

5.1 A contribuição de Ronald Dworkin para a efetivação das políticas públicas de ações afirmativas no contexto brasileiro

Para ilustrar seu raciocínio, Ronald Dworkin (2002, p. 343) confronta dois casos emblemáticos, Sweatt vs. Painter, de 1945, e De Funnis vs. Odegaard,

feitas por universidades apontam resultados positivos sobre o desempenho dos estudantes cotistas. As notas dos alunos que ingressaram pelo regime de cotas são iguais ou superiores à média dos demais estudantes. Outro dado destacado pelos levantamentos diz respeito à evasão entre os cotistas: menor ou igual a dos não-cotistas. Entre 2003 e 2006, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) verificou que os estudantes cotistas tiveram médias superiores em 29 dos 48 cursos, quando comparadas às médias gerais dos cursos. Os estudantes que não ingressaram pelo regime de cotas tiveram notas superiores à média em 17 dos cursos. Na Unicamp, entre 2005 e 2006, os cotistas obtiveram maior média de rendimento em 31 dos 55 cursos. A Universidade Federal da Bahia (UFBA), em 2005, registrou que em 56% de seus cursos o número de estudantes cotistas aprovados foi maior do que o de não-cotistas, incluindo os cursos mais concorridos como Medicina, Odontologia, Engenharia Civil, Direito e Jornalismo. Quanto a evasão de alunos, entre 2003 e 2007, na Uerj, menos cotistas negros abandonaram o curso (12,99%) do que estudantes que ingressaram na universidade pelo sistema universal (16,97%). Na UnB, esse número é de apenas 1% entre cotistas.

ProUni. Em junho deste ano, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) analisou as notas no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade) da primeira turma de alunos formada pelo Programa Universidade para Todos (ProUni), que concede bolsas de estudo integrais para alunos de baixa renda. A pesquisa comprovou que os bolsistas tiveram nota igual ou melhor do que os estudantes que ingressaram pelo sistema universal, nos dez cursos analisados. Na maioria das áreas avaliadas não houve diferença estatisticamente significativa entre os alunos com bolsa ProUni e aqueles sem bolsa ProUni, conclui a análise do Inep. Apenas nos cursos de Agronomia, Biomedicina, e Tecnologia em Radiologia a diferença entre as notas dos estudantes foi maior do que 2 pontos, e nos três casos, as maiores notas foram dos cotistas.

Alternativa às cotas. A USP adota um sistema de inclusão diferente das cotas. A universidade paulista possui o Programa de Inclusão Social da USP, o Includsp, que dá pontos em seu vestibular para quem vem do ensino público. Além dele, a universidade aplica aos alunos da rede estadual de ensino de São Paulo uma série de três avaliações que podem somar mais 3% à nota da Fuvest. Em 2009, a universidade registrou pelo segundo ano consecutivo o índice de 30% de alunos vindos de escolas públicas. Entre eles, o número de negros na USP é, hoje, 14,26%, índice jamais alcançado pela universidade. Quanto ao mérito acadêmico, os alunos que entraram na universidade pelo Includsp tiveram média de 6,3 contra 6,2 dos alunos que entraram pela forma tradicional. Dos 118 cursos oferecidos na USP, a média dos ingressantes pelo programa de inclusão foi igual em oito cursos e superior em 54. Esses dados revelam que os estudantes têm potencial para acompanhar os cursos, inclusive os considerados mais tradicionais, em igualdade com seus colegas de classe, diz a Pró-Reitoria de Graduação da USP. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/perspectivas2010/desempenho-de-cotista-e-igual-ou-superior-ao-dos-demais-estudantes-apontam-pesquisas/n1237592782986.html>. Acesso em 26.02.2012. 03/06/2008 - 08h58.

Na Unifesp, cotista só fica atrás nos cursos de exatas. Da Folha Online. Os estudantes cotistas na Unifesp (Universidade Federal de São Paulo) têm um desempenho semelhante aos demais durante a graduação em 21 dos seus 23 cursos – as duas exceções estão em carreiras na área de exatas –, segundo reportagem de Fábio Takahashi publicada na edição da Folha de S.Paulo desta terça-feira (íntegra disponível apenas para assinantes do jornal ou do UOL). De acordo com a reportagem, os dados fazem parte de uma pesquisa da pró-reitoria de graduação da instituição. "O estudo também serve como base para crítica ao projeto a ser votado no Congresso, que determina que as universidades reservem metade de suas vagas a alunos da rede pública." Há três anos, a Unifesp destina 10% das vagas a alunos de escolas públicas que se declarem negros, pardos ou indígenas. Com a reserva, cotistas chegam a ser aprovados no vestibular com nota 30% inferior aos demais. Em geral, a diferença desaparece no início da graduação, inclusive em medicina. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u408185.shtml>. Acesso em: 26.02.2012.

de 1971, cujos temas são ações afirmativas, sistemas de cotas raciais e princípio da igual proteção, assegurada pela 14.^a Emenda da Constituição norte-americana.

No primeiro caso, um estudante negro, com base na referida 14.^a Emenda, ingressou em juízo para requerer o direito de, pelo menos, pleitear seu ingresso na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, pois lhe foi negado o direito de concorrer pelo fato de ser negro e aquela instituição só aceitar brancos em suas fileiras, sendo que o acesso ao ensino superior de Sweatt foi totalmente prejudicado porque não existia, à época, no Estado do Texas, universidade destinada especificamente aos negros.

No segundo exemplo, De Funnis vs. Odegaard, um estudante judeu, De Funnis, questionou o sistema de cotas raciais para minorias, também com fundamento na mesma 14.^a Emenda, porque teve seu ingresso na Faculdade de Direito da Universidade de Washington restringido, muito embora as notas obtidas por ele fossem, no geral, superiores à média das dos alunos cotistas das ditas minorias (negros, indígenas, chicanos e filipinos).

Dworkin conclui que a Universidade do Texas, no caso Sweatt, cometeu uma inconstitucionalidade, violando a 14.^a Emenda, pois o critério racista sequer possibilitava a Sweatt o direito de, pelo menos, concorrer a uma das vagas oferecidas na Faculdade de Direito, de modo que, já em relação ao segundo caso, De Funnis, não houve, entretanto, a incidência de qualquer inconstitucionalidade, pois a Faculdade de Direito da Universidade de Washington, ao adotar o sistema de cotas para as minorias, de um lado, não impediu totalmente o ingresso de De Funnis à universidade, de outro lado, apenas tornou-lhe o acesso mais dificultoso, porque a disputa, entre os integrantes da maioria, passou a ser mais acirrada.

Assim, se se aplicar tal linha de raciocínio à realidade brasileira, chegar-se-á à conclusão de que o sistema de cotas para negros e outras minorias adotado nas universidades públicas brasileiras não é injusto, haja vista que não tolhe, por inteiro, o acesso da maioria, que apenas tem a concorrência mais difícil por uma das vagas, ao passo que, se não houvesse a reserva de vagas para os negros, por meio do sistema de cotas, o acesso deles à universidade pública seria praticamente impossível, na medida em que as condições fáticas de opressão,

estigmatização e de desigualdade social a que eles foram historicamente submetidos é, em verdade, empecilho intransponível de acesso e de fruição dos bens públicos que proporcionam ascensão social, como de fato o é a educação.

As ponderações de Ronald Dworkin atinentes às ações afirmativas no contexto norte-americano se utilizam da alegoria segundo a qual um pai de família que, hipoteticamente, teria dois filhos: um muito doente, à beira da morte, e outro apresentando apenas sinais de um pequeno incômodo com a doença. Porém, se este pai de família tivesse remédio suficiente para somente um deles e a pergunta, que, naturalmente, contém em si a resposta, é no sentido de indagar a qual dos filhos deveria ele ministrar medicamentos.

Segundo tal perspectiva, as ações afirmativas se coadunam com as conclusões de Dworkin, na medida em que, partindo-se da premissa consoante a qual os bens, os recursos e a utilidades econômicas são limitados, finitos (entre eles a educação de ensino superior), e as necessidades sociais são infinitas, quais pessoas, quais indivíduos e quais grupos deveriam ser atendidos, com precedência, pelas políticas públicas de distribuição de riquezas e bens? Obviamente, os que estivessem mais precisando, os mais carentes, os mais necessitados, os que estão à margem e distante de qualquer benefício produzido pela sociedade, de modo que não restam dúvidas de que os negros, tanto os norte-americanos, quanto os brasileiros, compõem o segmento cujas carências são mais prementes.

Para fundamentar os argumentos em favor das ações afirmativas, Ronald Dworkin toma por premissa o utilitarismo psicológico de Jeremy Bentham e condena o utilitarismo de preferência, uma vez que o primeiro é propenso a promover uma situação de fato mais igualitária, sendo certo que preconiza que todo homem deve ser tratado como igual a qualquer outro (*treatment as equal*), e não com igual tratamento (*equal treatment*)³⁶. Assim, o utilitarismo psicológico, em linhas

³⁶ Devemos, portanto, concentrar nossa atenção nessa alegação. É preciso tentar definir o conceito central em que ela se fundamenta, que é o conceito de um direito individual à igualdade, transformado em direito constitucional pela Cláusula de Igual Proteção. Que direitos à igualdade têm os cidadãos enquanto indivíduos que podem sobrepor-se a programas voltados para importantes políticas econômicas e sociais, inclusive a política social que consiste em melhorar a igualdade em termos gerais? Pode-se dizer que eles têm dois tipos diferentes de direitos. O primeiro é o direito a *igual tratamento (equal treatment)*, que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso e encargo. Todo cidadão, por exemplo, tem direito a um voto igual em uma democracia; este é o cerne da decisão da Suprema Corte de que uma pessoa deve ter um voto, mesmo se o arranjo

gerais, parte de uma premissa matemática em que o sentimento e a intensidade de prazer de um modo geral é maior no confronto com o sentimento e a intensidade de dor dos indivíduos de uma sociedade; ao passo que o utilitarismo preferencial leva em conta as preferências pelas consequências advindas de uma escolha política eminentemente pessoal, ou seja, se ela agrada uma comunidade em detrimento de outra, escolhe-se uma determinada decisão política, porque é mais forte e mais intensa que a outra.

Além disso, Dworkin associa, conforme já mencionado acima, as posições contrárias ao sistema de cotas raciais aos movimentos reacionários e conservadores da sociedade, aversos, portanto, a qualquer iniciativa de reforma social que vise à promoção da igualdade, sendo, desta forma, defensores de um imobilismo social benéfico somente a uma pequena parcela da sociedade, que insiste em preservar, a todo custo, os privilégios há muito tempo usufruídos por eles.

Há mais de trinta anos as melhores universidades e faculdades dos EUA vêm empregando diretrizes de admissão sensíveis à raça para aumentar o número de alunos negros, hispânicos, indígenas e de outras minorias. Autores e políticos conservadores atacaram essa política de “ação afirmativa” desde o início, mas ela está agora correndo o maior risco de toda a sua existência – em duas frentes, política³⁷ e jurídica³⁸ (DWORKIN, 2005, p. 543).

Após a decretação do ato que restringiu a política de ação afirmativa no Estado da Califórnia, a redução de alunos negros beneficiários dela foi considerável, a ponto de, em alguns anos posteriores à vigência de tal regra, nenhum negro assumir uma vaga nos bancos acadêmicos das universidades da Califórnia, o que comprometeu seriamente a eficácia das ações afirmativas e seu processo evolutivo e incluído na comunidade norte-americana.

diferente e mais complexo assegurar melhor o bem-estar coletivo. O segundo é o direito ao *tratamento como igual* (*treatment as equal*), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa (DWORKIN, 2002, p. 349 e 350).

³⁷ Em 1995, por 14 a 10, a direção da Universidade da Califórnia declarou que não poderia mais contemplar a raça nas admissões em qualquer departamento da universidade. Em 1996, os eleitores da Califórnia aprovaram o Projeto 209, que ratifica e amplia tal proibição, estipulando que nenhuma instituição do estado pode “discriminar nem oferecer tratamento preferencial a qualquer indivíduo ou grupo com base em raça, sexo, cor, etnia ou nacionalidade no serviço público, educação pública ou contratações públicas” (DWORKIN, 2005, p. 543).

³⁸ O segundo perigo talvez seja ainda mais ameaçador. Em 1978, no famoso processo Bakke, a Suprema Corte decretou que os planos de admissão sensíveis à raça não violam a 14.^a Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que declara que “nenhum estado poderá negar a qualquer pessoa a igual proteção das leis”, contanto que tais planos não estipulem cotas fixas para qualquer raça ou grupo, porém considerem a raça somente como um fator dentre outros (DWORKIN, 2005, p. 544).

Dessa forma, o retrocesso em termos de políticas públicas de ações afirmativas pelo sistema de cotas em favor dos negros nos Estados Unidos da América se acentuou mais e coincidiu com a chegada dos republicanos ao Poder Executivo e com a formação conservadora da Suprema Corte, ao final da década dos anos de 1990 e nos primeiros anos deste século, e não tem relação nenhuma com o sucesso ou o insucesso de tal política de inclusão.

Aliás, o próprio Dworkin (2005, p. 546) menciona um estudo minucioso³⁹ elaborado por dois reitores de duas das principais universidades americanas que implantaram o sistema de cotas raciais em suas fileiras de discentes, Willian G. Bowen, da Universidade de Princeton, e Derek Bok, da Universidade Harvard, cujas conclusões são no sentido de exaltar o êxito social, político e econômico trazido por este modelo de ações afirmativas:

Se, no fim das contas, a pergunta é se as faculdades e universidades mais exigentes tiveram êxito na formação de um grande número de alunos pertencentes a grupos minoritários, que já alcançaram considerável êxito e parecem ter probabilidade de, com o tempo, vir a ocupar cargos de liderança em toda a sociedade, não temos dificuldade para responder a pergunta. Com certeza... No geral, concluímos que as faculdades e as universidades academicamente exigentes tiveram muito êxito no uso das políticas de admissão sensíveis à raça para promover metas educacionais importantes para todos. (BOWEN e BOK, *apud* DWORKIN, p. 551 e 552).

Não obstante o próprio Ronald Dworkin, a princípio, receber os dados e as conclusões de ambos os pesquisadores com parcimônia, o que revela o seu rigor epistemológico e seu caráter ponderado, na medida em que os confronta com as críticas feitas às políticas de cotas, incluindo aqui componentes da comunidade negra, principalmente a queda do nível intelectual da comunidade acadêmica e o aumento da hostilidade e do isolamento dos negros no ambiente universitário, mas, ao final, após responder a uma série de perguntas por ele mesmo formuladas, não deixa de exaltar o mérito do estudo feito pelos professores de Princeton e Harvard, eis que, segundo ele, deve ser levado muito a sério, até que outro, do mesmo nível científico, em sentido contrário, seja apresentado.

A síntese do pensamento de Dworkin a respeito do tema é na direção de que as políticas públicas de ações afirmativas sensíveis à raça é legítima, eis que o efeito social positivo que elas trazem é muito considerável, tanto do ponto

³⁹ The shape of the river (O leito do rio).

de vista da distribuições dos bens sociais quanto sob a perspectiva da consideração, pois o aumento de cargos de elite ocupados por integrantes das comunidades negras serve de incentivo e apoio à ascensão de seus pares para conseguir tal intento.

5.2 O posicionamento jurisprudencial do STF: a recente decisão na ADPF n.º 186

Digno de nota é a recente decisão, à unanimidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 25.04.2012, cujo voto condutor é da lavra do Ministro-Relator Ricardo Lewandowski, por ocasião da ADPF n.º 186, que, impetrada pelo partido político DEM, questionava a constitucionalidade da política de cotas raciais adotada pela Universidade de Brasília (UNB), para declarar constitucional a política pública de ações afirmativas baseada no sistema de cotas raciais e julgar improcedente o pedido formulado pelo autor da demanda (STF, 2012, p. 01 a 47).

Com efeito, da leitura do julgado, nota-se uma rica fundamentação, não só de ordem jurídico-constitucional, dogmática e doutrinária, mas, também, de ordem histórica, filosófica, sociológica e antropológica, tomando por referência os estudos feitos em diversas áreas do conhecimento humano, destinados ao tema, de pesquisadores nacionais e estrangeiros, é dizer, os termos da decisão prolatada incursionam e prezam pela interdisciplinaridade, na mesma medida em que a complexidade que envolve a questão suscitada o exige.

Para enfrentar a questão da constitucionalidade dos programas de ação afirmativa instituídos pela Universidade de Brasília e outros estabelecimentos de ensino superior no País, penso que cumpre ao Supremo Tribunal Federal discutir esse relevante tema do modo mais amplo possível, fazendo-o, em especial, à luz dos princípios e valores sobre os quais repousa a nossa Carta Magna. O primeiro passo, para tanto, a meu sentir, consiste em revisitar o princípio da igualdade agasalhados na Lei Maior, examinando-o em seu duplo aspecto, ou seja, no sentido formal e material (STF, 2012, p. 03 e 04).

Com efeito, necessário se faz uma breve análise do texto obedecendo à sequência de tópicos em que se divide a decisão, e nos quais o Ministro-Relator se baseou para dar supedâneo teórico e doutrinário ao entendimento favorável acerca da legitimidade constitucional da inclusão social dos negros mediante a adoção de políticas públicas de ações afirmativas pelo sistema

de cotas raciais nas universidades públicas. Começamos, pois, pela referência expressa ao princípio constitucional da igualdade.

5.2.1 Igualdade formal *versus* material

Por razões eminentemente óbvias, a remissão ao princípio da isonomia não poderia ficar de fora do debate acerca das ações afirmativas, haja vista que tal princípio permeia todo o ordenamento jurídico-constitucional e infraconstitucional, uma vez que a tomada de uma decisão legislativa em favor de uma categoria ou grupos de pessoas, inexoravelmente leva à restrição de direitos de outras categorias ou grupos de pessoas, de modo que, tanto ao legislador, quanto ao intérprete e aplicador do direito, cabe o dever ético de equalizar as situações de desigualdades, a fim de modular os efeitos da norma, evitando, assim, prejuízos irrazoáveis e infundados a determinados indivíduos.

Neste sentido, a decisão da ADPF n.º 186 fez questão de elencar as diferenças fundamentais que existem entre a igualdade formal, de cunho liberal e individualista, e a igualdade material, de vertente social e universalista, de forma que ressaltou o fato de que o Constituinte de 1988 não proclamou apenas a primeira, mas, também, e sobretudo, a segunda. Isto é, os seres humanos não devem ser considerados apenas em relação a si mesmo, na condição de um ente abstrato, mas devem ser levadas em consideração, por uma questão de justiça, acima de tudo, *as diferenças que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas e até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais* (STF, 2012, p. 04).

E, citando Dallari (*Apud* STF, 2012, p. 06), conclui com essas palavras:

Aliás, Dalmo de Abreu Dallari, nessa mesma linha, adverte que a ideia de democracia, nos dias atuais, exige a superação de uma concepção mecânica, estratificada, da igualdade, a qual, no passado, era definida apenas como um direito, sem que se cogitasse, contudo, de convertê-lo em uma possibilidade [...].⁴⁰

⁴⁰ “O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que asseguro tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos” (DALLARI, 2005, p. 309). Na verdade, o pensamento aqui desenvolvido reflete os ensinamentos de John Rawls a respeito da equidade, em face da qual, sob o véu da ignorância, ou seja, despido de todas as

O problema central da tese esposada pelo autor da ADPF n.º 186 peca pelo fato de se fundamentar notadamente nos postulados da igualdade formal, inerente ainda à realidade social do século XVIII, em que fervilhavam os ideais da Revolução Burguesa, em que se pleiteava a supremacia da liberdade individual em face do Estado absolutista, sendo que as demandas sociais na Era Pós-Moderna requerem soluções pautadas na igualdade material ou substancial, não apenas baseadas em políticas públicas universalistas, que são necessárias, mas não suficientes, mas em políticas pontuais que atendam aos interesses dos grupos sociais marginalizados. Neste ponto, o voto do relator faz uma correção e atualização histórica do princípio da igualdade para atender os anseios da Pós-Modernidade.

5.2.2 Justiça Distributiva

Lastreado nos ideais de justiça distributiva de John Rawls e na exortação de Michel Rosenfeld, notadamente quando trata da transformação do direito à isonomia previsto no texto constitucional em igualdade de possibilidades no plano fático, bem como da passagem do discurso retórico dos direitos fundamentais para o plano da efetivação concreta destes direitos, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no julgado da ADPF n.º 186, mostra uma preocupação constante em romper com o paradigma da igualdade formal e em buscar a restauração da sociedade mediante a implementação de políticas públicas tendentes a compensar minorias e grupos vulneráveis colocados à margem do progresso social, o que, em última análise, corresponderia ao resgate do discurso em favor da concretização dos direitos fundamentais.

5.2.3 Política de ação afirmativa

Conforme já foi ressaltado anteriormente, o elemento fundamental que caracteriza uma postura afirmativa é a sua transitoriedade, é dizer, nenhuma política de discriminação positiva é eterna, uma vez que, equalizadas as desigualdades objeto de tal política, deve ela dar-se por encerrada, na medida em que, em sentido contrário, incidiria na promoção de uma discriminação reversa, totalmente desarrazoada, em benefício daquela minoria. Esta é outra ressalva feita

vantagens e desvantagens que nos cercam, seria necessário refundar um novo ponto de partida nas disputas pelos cargos de decisões da sociedade política, abstraindo as condições pessoais dos postulantes a partir de uma nova ordem.

por ocasião do julgamento da referida ADPF e que tem o mérito de legitimar o processo de implementação do sistema de cotas raciais nas universidades públicas.

Destaca, também, o voto proferido pelo Relator o fato de as ações afirmativas terem sua origem na Índia, país cuja diversidade cultural e étnico-racial e desigualdade social lhe são peculiares, e não nos Estados Unidos, como se costuma pensar. Assim, a sociedade indiana lançou mão de mecanismos de discriminação positiva no sentido de corrigir algumas distorções no âmbito de sua complexa estrutura social, tendo em vista a tradição milenar de estratificação social baseada nos sistema de castas, notadamente a partir da aprovação, em 1935, do *Government of India Act*, capitaneado por Mahatma Gandhi, que reconhecia algumas práticas de igualação no que tange ao acesso à educação, aos cargos políticos e aos empregos públicos.

5.2.4 Critérios para ingresso no ensino superior

Salienta a decisão que o critério da meritocracia, que reporta ao princípio republicano, é consagrado pela ordem constitucional inaugurada em 1988, conforme se depreende dos incisos I, III e IV, do artigo 206, e inciso V, do artigo 208, mas que deve ser temperado e mitigado, ante o caráter linear e frio deste critério, pela incidência da igualdade material, que pondera a relevância das condições sociais dos candidatos postulantes às vagas das universidades públicas.

E ao recorrer ao magistério de Katherine Smits (*apud* STF, 2012, p. 14) sobre os aspectos deontológicos das ações afirmativas salienta que:

Os argumentos a favor da ação afirmativa podem ser divididos em argumentos deontológicos, ação afirmativa é equitativa e justa como um remédio para um passado injusto. Seus defensores argumentam que preferências de grupos não equivalem à discriminação de grupos, e isso deve ser levado em consideração no vasto contexto em que as preferências raciais e de gênero são aplicadas. Ademais, as preferências de grupos não comprometem a equidade, pois os indivíduos não têm direitos automáticos a quaisquer benefícios em decorrência de seus talentos naturais e habilidades. É tarefa da sociedade distribuir benefícios de acordo com critérios razoáveis e publicamente justificados conforme objetivos sociais mais amplos. De acordo com os consequencialistas ou utilitaristas, a ação afirmativa enseja um número considerável de resultados positivos – a qual ou fortalece a justiça dessa política ou supera quaisquer injustiças que possa envolver.

Neste sentir, o que se objetiva não é a discriminação de grupos, e sim as preferências de grupos, por força da implementação das políticas públicas de

igualação, mas, em sentido contrário, é promoção de segmentos socialmente marginalizados e historicamente discriminados.

Ademais, a evolução do raciocínio adverte que as políticas públicas de discriminação positiva não devem ser submetidas à clivagem linear e objetiva de certos preceitos constitucionais ou da primazia de alguns critérios em prejuízo de outros, na medida em que se deve formar um arcabouço principiológico amplo e global em que o Estado brasileiro se arrima, o que, em última instância, frustraria os anseios da justiça social, pois legitimaria a perpetuação no poder pelas mesmas elites, principalmente em sociedades marcadas pela desigualdade, como é a nossa.

Enfim, o acesso à universidade pública deve se pautar, primeiramente, pelos objetivos propostos pelo Preâmbulo da Carta Magna; após, nos postulados do artigo 205 da CF/88, que orientam o ensino público, de um modo geral; e, por fim, os ditames estabelecidos pelo artigo 207 do texto constitucional, que deverão *repousar, ainda, sobre o tripé ensino, pesquisa e extensão* (STF, 2012, p. 16). Em outros termos, a finalidade das instituições de ensino público, no Brasil, vai muito além da simples transmissão e produção de conhecimento para favorecer um grupo reduzidíssimo de pessoas social e economicamente privilegiadas.

Desta forma, pontua o julgado que o critério para seleção dos candidatos às universidades públicas tem de conjugar o conhecimento técnico, a criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais. Nesta perspectiva, fica patente o desprezo pelo conhecimento técnico, intelectual e artístico alienado das vicissitudes que corroem o tecido social, o que exigiria do candidato o reconhecimento de sua condição social e do seu papel de ator-transformador da sociedade, ou seja, o uso do conhecimento adquirido na universidade para o engajamento político-social na construção de uma nova realidade mais justa e equânime, sendo certo que o pluralismo de ideias no ambiente acadêmico corroboraria, em muito, para este processo.

5.2.5 Adoção do critério étnico-racial

A questão que aqui se impõe é no sentido de saber se a comprovação científica de que não há um conceito biológico de raça impediria a adoção do critério étnico-racial para a promoção da igualdade material, de modo

que, para tanto, o julgado recorre, de início, aos fundamentos do HC 82.424-QO/RS, o famoso *Caso Ellwanger*, no qual se debateu acerca da definição jurídica do termo *racismo*.

Pondera-se que o racismo, à míngua de qualquer amparo científico-biológico, nasceu e se desenvolveu a partir de uma concepção histórica, política e social, ou seja, pela imposição da *superioridade* cultural branca europeia às outras culturas, consideradas inferiores, eis que *se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores* (STF, 2012, p. 20)⁴¹.

Assim, da mesma forma que o constituinte de 1988, de um lado, impede a discriminação negativa em termos socioculturais, o fato é que, ao mesmo tempo, permite que se lance mão, de outro, das denominadas discriminações positivas. Enfim, na lição de Daniela Ikawa, citada no texto da decisão, *se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser utilizada para desconstruí-las* (*apud* STF, 2012, p. 20), o que, portanto, legitimaria as ações afirmativas que fixam o critério étnico-racial como fator de *discrimin*en.

5.2.6 Consciência étnico-racial como fator de exclusão

A partir da constatação de que a mera aplicação da igualdade formal perpetua a ocorrência da discriminação, principalmente em países como o Brasil, que passou pelo processo da escravidão, chega-se à conclusão de que os programas de ações afirmativas, cujo critério é baseado em concepções étnico-

⁴¹ Neste sentido, o comentário de Lynn Hunt (2009, p. 188) a respeito da relação entre Direitos Humanos e racismo é lapidar: *Ironicamente, portanto, a própria noção de direitos humanos abriu inadvertidamente a porta para formas mais virulentas de sexismo, racismo e antissemitismo. Com efeito, as afirmações de alcance geral sobre a igualdade natural de toda a humanidade suscitavam asserções igualmente globais sobre a diferença natural, produzindo um novo tipo de opositor aos direitos humano, até mais poderoso e sinistro do que os tradicionalistas. As novas formas de racismo, antissemitismo e sexismo ofereciam explicações biológicas para o caráter natural da diferença humana. No novo racismo, os judeus não eram apenas os assassinos de Jesus: a sua inerente inferioridade racial ameaçavam macular a pureza dos brancos por meio da miscigenação. Os negros já não eram inferiores por serem escravos: mesmo quando a abolição da escravatura avançou por todo o mundo, o racismo se tornou mais, e não menos, venenoso. As mulheres não eram simplesmente menos racionais que os homens por serem menos educadas: a sua biologia as destinava à vida privada e doméstica e as tornava inteiramente inadequadas para a política, os negócios ou as profissões. Nessas novas doutrinas biológicas, a educação ou as mudanças no meio ambiente jamais poderiam alterar as estruturas hierárquicas inerentes na natureza humana.*

raciais, são imprescindíveis para eliminar os fatores discriminatórios lançados contra grupos tradicionalmente oprimidos e para compensar essa discriminação, na medida em que ao Estado não cabe apenas proibir a discriminação e o preconceito, mas também promover, ativamente, a igualdade de condições entre as pessoas e os grupos mediante as ações afirmativas.

Colacionando um estudo comparativo do IBGE, referentes ao PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) de 1999 e de 2009, o raciocínio levado a efeito pelo Ministro Lewandowski mostra que, neste período, apesar do aumento da identidade negra entre as pessoas e alguns avanços sociais tímidos para os negros e os pardos, as diferenças entre estes e os brancos, na sociedade brasileira, ainda é muito significativa, em termos de escolaridade, renda e vulnerabilidade familiar, razão pela qual as medidas afirmativas neste ponto não podem ser taxadas de inconstitucionais, conforme salientou o Ministro Marco Aurélio de Mello (*apud* STF, 2012, p. 22) em estudo referido no julgado (MELLO, 2001, p. 08 e 09):

É preciso buscar a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação [...]. Deve-se reafirmar: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucionalidade.

Além das reivindicações fundadas na justiça social sob a perspectiva da redistribuição mais equânime da riqueza produzida pela sociedade, os programas de ações positivas pelo Estado perseguem outros objetivos de natureza simbólica para os grupos sociais marginalizados, o que se convencionou chamar de justiça como reconhecimento, dando uma nova visão paradigmática ao conceito de justiça social, cuja finalidade se traduz na mudança de atitude subjetiva de seus integrantes, *umentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social* (STF, 2012, p. 27).

Na verdade, amparado no escólio de Nancy Fraser e Axel Honneth, bem como na lição de Zygmunt Bauman (*apud* STF, 2012, p. 27 e 28), o argumento de Lewandowski suscita uma questão basilar para o novel entendimento acerca de justiça social, levando-se em conta a evolução dos direitos e sua efetivação nos últimos 150 anos, passando da redistribuição para o reconhecimento, por conta

principalmente da diversificação cultural cada vez mais crescente, caracterizando-se como uma das peculiaridades do mundo de hoje.

Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial (STF, 2012, p. 28).

O aspecto simbólico, nesta medida, é crucial para a legitimação das discriminações positivas como fator de desconstrução das mazelas e reconstrução de uma nova sociedade mais livre, igualitária, justa e humana, uma vez que o simbolismo também foi fundamental para a consolidação das discriminações negativas que estigmatizaram as minorias postas à margem do processo de integração social, no contexto histórico da escravidão.

5.2.7 O papel integrador da Universidade

Nunca foi segredo o fato de que a formação da elite dirigente brasileira se consolidou no ambiente universitário e que, em razão dessa tradição, sempre teve um aspecto homogêneo, é dizer, as características dos que acessavam e ainda acessam aos bancos acadêmicos, invariavelmente, possuem o mesmo perfil. A propósito disso, a própria decisão do STF destaca que os programas de inclusão social por meio das políticas públicas de ação afirmativa trazem benefícios não só para os historicamente discriminados, mas também – e sobretudo – para os que pertencem aos grupos hegemônicos, na medida em que proporcionam um contato maior e um intercâmbio de ideias com aqueles que possuem experiência de vida diametralmente oposta, o que, em última instância, possibilita não só enriquecimento técnico-científico, como também o cultural e o humanístico.

O convívio com a diferença, com a heterogeneidade, com o outro, visa neutralizar aquilo a que Zygmunt Bauman se refere como *mixofobia*⁴², isto é, o

⁴² Muito instigante a abordagem feita por Zygmunt Bauman (2011, p. 61-64) no que diz respeito a este assunto: [...] A mixofobia se manifesta no impulso que conduz a ilhas de semelhança e mesmidade em meio a um oceano de variedade e diferença. As raízes da mixofobia são banais — nem um pouco difíceis de localizar, fáceis de compreender, embora não necessariamente de perdoar. [...] A atração de uma "comunidade da mesmidade" é a de segurança contra os riscos de que está

medo de se misturar com o diferente e com, segundo o juízo da elite, o exótico. De fato, a função da Universidade pública é promover a interação e a integração dos mais variados grupos que compõem a sociedade. Este é o preceito sobre o qual o voto-condutor da ADPF n.º 186, ancorado no ensinamento de Jürgen Habermas (*apud* STF, 2012, p. 31), também construiu o seu raciocínio, na medida em que ele aborda o assunto tomando por referência o conceito de emancipação. Sendo assim, todo ato emancipatório das minorias pode, inegavelmente, abalar a *autocompreensão da cultura majoritária*, de forma que a exortação de Habermas é categórica, pois *quanto mais profundas forem as diferenças (...) raciais ou étnicas, ou quanto maiores forem os assincronismos histórico-culturais a serem superados, tanto maior será o desafio (...)*. No caso brasileiro, portanto, este desafio é enorme, na medida em que as diferenças entre brancos e negros em nosso contexto histórico sempre foi marcado pelo acesso aos bens públicos dos primeiros e exclusão dos segundos.

Assim, a construção da consciência coletiva plural, heterogênea e democrática transita pela eliminação dos preconceitos e pela prática da alteridade, por meio da fixação – segundo propõe Habermas – de espaços públicos de debates

repleta a vida cotidiana num mundo polifônico. Ela não reduz os riscos, muito menos os afasta. Como qualquer paliativo, promete apenas um abrigo em relação a alguns dos efeitos mais imediatos e temidos desses riscos. Escolher escapar à opção apresentada pela mixofobia tem uma consequência insidiosa e deletéria: quanto mais ineficaz se mostra essa estratégia, mais ela se torna capaz de se perpetuar e se consolidar por si mesma. [...] Já que esqueceram ou não se preocuparam em adquirir as habilidades necessárias para viver com a diferença, não surpreende muito que essas pessoas vejam com um horror crescente a possibilidade de se confrontarem face a face com estranhos. Estes tendem a parecer ainda mais assustadores na medida em que se tornam cada vez mais diferentes, exóticos e incompreensíveis, e em que o diálogo e a interação que poderiam acabar assimilando sua "alteridade" se diluem ou nem chegam a ter lugar. O impulso que conduz a um ambiente homogêneo e territorialmente isolado pode ser disparado pela mixofobia, mas praticar a separação territorial significa preservá-la e alimentá-la. [...] As raízes da mixofobia — aquela sensibilidade alérgica e febril aos estranhos e ao desconhecido — jazem além do alcance da competência arquetônica ou urbanística. Estão profundamente fincadas na condição existencial dos homens e mulheres contemporâneos, nascidos e criados no mundo fluido, desregulamentado e individualizado da mudança acelerada e difusa. Não importa que significação possam ter, para a qualidade da vida diária, a forma, a aparência e a atmosfera das ruas das cidades, assim como o uso que se faz dos espaços urbanos — esses são apenas alguns dos fatores (e não necessariamente os principais) que contribuem para aquela condição desestabilizadora que gera incerteza e ansiedade. Mais que qualquer outra coisa, os sentimentos mixofóbicos são estimulados e alimentados por uma sensação de insegurança esmagadora. Homens e mulheres inseguros, incertos de seu lugar no mundo, de suas perspectivas de vida e dos efeitos de suas próprias ações, são mais vulneráveis à tentação mixofóbica e mais propensos a caírem em sua armadilha. Esta consiste em canalizar a ansiedade para longe de suas verdadeiras raízes e descarregá-la sobre alvos que não se relacionam às suas fontes. Como resultado, muitos seres humanos são vitimizados (e no longo prazo os vitimizadores atraem, por sua vez, a vitimização), enquanto as fontes da angústia permanecem protegidas da interferência, emergindo sãs e salvas dessa operação.

e discussões, nos quais se exercite a ação comunicativa na busca de um certo grau de consenso, e a Universidade pública, na visão do STF, é um deles.

5.2.8 As ações afirmativas nos Estados Unidos da América

O binômio excelência intelectual e a diversidade ou a heterogeneidade cultural é o mote sobre o qual a decisão do caso *Grutter v. Bollinger* 539 U.S. 306, de 2003, se desenrolou, haja vista que tal posicionamento jurisprudencial da Suprema Corte americana não aboliu os programas de ações afirmativas de seu sistema jurídico. Ao contrário, apenas confirmou, de forma atualizada, os padrões exegéticos da decisão proferida no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, de 1978, segundo a qual as universidades americanas poderiam adotar medidas afirmativas que levassem em consideração o critério raça ou etnia para preencher seus quadros discentes. Em outros termos, o ordenamento jurídico americano ainda preza pela preservação e conservação de pessoas e de etnias diferentes no seio das universidades como forma de propiciar a discussão em sala de aula.

Nesta toada, o Ministro-Relator Ricardo Lewandowski fez questão de suscitar a discussão jurisprudencial nos Estados Unidos da América, a fim de contestar o entendimento de que há um viés de enfraquecimento das ações afirmativas naquele país, por conta de possíveis insucessos dessa política de inclusão. Na verdade, a Suprema Corte, mediante o voto da Justice Sandra Day O'Connor, fiel à sua ideologia, deu uma nova roupagem, mais conservadora, do instituto, questionando apenas o sistema puro e simples de cotas raciais, mas não o eliminou totalmente do plano jurídico-político americano:

Verifica-se, assim, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao assegurar certa discricionariedade às universidades no tocante à seleção de seu corpo discente, o fez tendo em conta a necessidade de que a busca da heterogeneidade esteja pautada pela correção de distorções histórico-sociais que atua como obstáculo à concretização dos valores constitucionais da igualdade substancial (STF, 2012, p. 36).

Aliás, Ricardo Lewandowski se ampara na doutrina de Ronald Dworkin, que, por sua vez, faz menção à obra *The Shape of the River*, de Willian G. Bowen e Derek Bok, para compor seu pensamento sobre a constitucionalidade do sistema de cotas raciais nas Universidades públicas brasileiras.

5.2.9 Hetero e autoidentificação

Ao mencionar o estudo de Daniela Ikawa sobre o tema, o voto do relator pugna pela aceitação ampla dos mecanismos de admissão: a heteroidentificação, a autoidentificação e o misto, o qual combina elementos dos dois primeiros para a identificação dos candidatos postulantes às vagas nas universidades públicas. Assim, *a identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença* (IKAWA, *apud* STF, 2012, p. 38), podendo ser exigidos também alguns mecanismos adicionais que fornecerão elementos substanciais ao pleito, entre os quais a formação de comitês posteriores à autoidentificação pelo candidato e o julgamento pelo fenótipo, e não pelo genótipo ou pela ascendência do candidato:

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e **jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos**, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional (STF, 2012, p. 39) [grifos no original].

Portanto, a decisão da ADPF n.º 186 é bem ampla, liberal e vanguardista, na medida em que declara a constitucionalidade das ações afirmativas, do critério étnico-racial e dos três métodos de identificação dos postulantes ao acesso universitário.

5.2.10 Reserva de vagas ou estabelecimento de cotas

A configuração jurisprudencial do STF em torno das ações afirmativas, sobretudo em relação ao sistema de cotas, toma contornos bem mais amplos e profundos do que as decisões proferidas pela Suprema Corte americana, haja vista que, teleologicamente, o sistema político-constitucional brasileiro procura estabelecer sempre, desde o preâmbulo até os atos das disposições constitucionais transitórias, a compensação e a reparação das desigualdades de fato mediante a implementação da superioridade jurídica, com o intuito de construir uma sociedade fraterna, fundada na dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a implementação dos programas de ações afirmativas frente à efetivação do sistema de cotas, além de não ser estranha ao texto positivado da Carta Magna, não visa tão-somente à promoção dos deficientes e das

mulheres, mas também das outras minorias que se encontrem em posição de desvantagem social em face das majorias, como é o caso dos negros: *Com efeito, diversamente do direito estadunidense, onde não há a menção constitucional explícita a respeito dessa possibilidade, o direito constitucional brasileiro contempla sua adoção* (RIOS, *apud* STF, 2012, p. 41). Em arrimo à tese segundo a qual o Direito brasileiro determina a efetivação das ações afirmativas, foi colacionada à referida decisão a doutrina, sempre pertinente ao tema, de Joaquim Benedito Barbosa Gomes (*apud*, STF, 2012, p. 43):

[...] no plano estritamente jurídico [...], o Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional.

Assim, tais políticas públicas ***não configuram meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais*** (STF, 2012, p. 41) [grifos no original].

Outrossim, chega-se à conclusão, em face do arcabouço jurisprudencial do STF, de que as políticas públicas de discriminações positivas possuem, acima de tudo, natureza deontológica, pois não estão na órbita do poder discricionário do Estado brasileiro, mas, sim, no âmbito do poder vinculado, não restando outra alternativa senão aplicá-las até as últimas consequências, ainda mais se se levar em conta o déficit social, de cuja perpetuação o Brasil insiste em ser vítima, e a chave para recuperar o tempo perdido seria uma revolução educacional, da qual o sistema de cotas para os negros seria parte integrante.

5.2.11 Transitoriedade das políticas de ação afirmativa

Após reconhecer a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas ou de cotas no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o voto-condutor, reportando ao caso *Grutter v. Bollinger* (2003) da Suprema Corte americana, reforça o caráter transitório das ações afirmativas, ao consolidar o posicionamento unânime da doutrina, tanto dos que defendem as políticas de cotas raciais, quanto dos que lhe são contrários. Para tanto, ressalta o fato de serem legítimas constitucionalmente apenas enquanto perdurarem os efeitos nefastos da dominação sobre os historicamente marginalizados e excluídos, em especial os negros, por conta da

instituição secular do sistema escravocrata, cujos prejuízos sociais ainda são fortemente percebidos nos dias atuais.

Assim, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática (STF, 2012, p. 45).

A propósito, até pelas conceituações do instituto das ações afirmativas descritas alhures, o elemento transitoriedade é uma constante, pois o que, de fato, caracteriza esta espécie de política pública é o seu caráter temporal, a sua limitação no tempo, sendo ela, portanto, essencial ao conceito de ação afirmativa.

5.2.12 Proporcionalidade entre meios e fins

Neste ponto, para o controle de constitucionalidade do tratamento diferenciado às pessoas ou aos grupos de pessoas, não é suficiente que a reserva de vagas seja constitucional somente sob a óptica da *nobreza de suas intenções*. Deve-se ter em mente, também, a finalidade da norma, ou seja, quais são os objetivos por ela fixados e perseguidos, somada à análise dos meios postos à disposição para a consecução desses objetivos, fazendo, no plano casuístico, um exercício constante de aferição da proporcionalidade e da razoabilidade. Em outros termos, os fins colimados devem ser atingidos por mecanismos ou instrumentos que se encaixem em um juízo prévio de proporcionalidade e de razoabilidade, cuja aplicação jamais deve ser negligenciada pelo intérprete e aplicador do Direito (STF, 2012, p. 46), de modo que se observem a necessidade desses meios, a adequação deles em vista do catálogo de outros meios disponíveis e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual os meios empregados não poderão sacrificar uma gama de bens jurídicos, os quais, em seu conjunto, são superiores ao bem jurídico colimado.

Nesta medida, o STF ponderou que, no caso da Universidade de Brasília (UNB), a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas destinadas aos estudantes negros pelo prazo de 10 (dez) anos, tendo em vista *a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, e a promoção da diversidade*

cultural na comunidade acadêmica e científica cumprem, a rigor, os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (STF, 2012, p. 46), na medida em que as cotas são necessárias a este desiderato, adequadas para corrigir tais distorções sociais e não violam drasticamente o direito de acesso à educação de nível superior dos indivíduos componentes da maioria.

5.2.12 Conclusões a respeito da decisão proferida na ADPF n.º 186 pelo STF

Inferre-se da análise do julgado em comento que o seu conteúdo decisório é muito abrangente, haja vista que aborda um catálogo amplo de direitos fundamentais, nos quais a igualdade material entre os indivíduos figura soberana, assim como fundamentos de ordem social, política e filosófica.

A articulação dos temas ali tratados remete, ainda, aos aspectos históricos e antropológicos da formação étnico-cultural do povo brasileiro, principalmente à tradição escravocrata, que deu base e condições ao sistema capitalista brasileiro, na medida em que o acúmulo de capitais, que tornou possível a transição da economia eminentemente agrícola para uma economia mais diversificada e dinâmica, com a crescente industrialização do país, só ocorreu graças ao trabalho escravo, cujos explorados ficaram de fora do sistema de mão-de-obra assalariada implantado após a abolição, por força do intenso movimento imigratório europeu ocorrido entre 1870 e 1950, com a inserção dos italianos, alemães, portugueses e espanhóis, que os substituí nos campos e nas cidades.

Ademais, faz o julgado uma leitura aprofundada e muito pertinente da situação de nossa sociedade nos dias de hoje, na qual a organização social em classes, peculiar à Era Moderna, dá vez à organização social em grupos, inerente à Era Pós-Moderna, cujas reivindicações e demandas, bem como o papel do Estado, são completamente diferentes do período anterior. Ou seja, as políticas públicas de cunho universalista, presentes nas sociedades modernas segmentadas em classes, embora sejam ainda necessárias, reforça-se, já não são mais suficientes na atual quadra histórica.

CONCLUSÃO

A referência ao valor justiça é fundamental para embasar um argumento favorável aos programas de ações afirmativas. Ou seja, discorrer sobre as teorias que cuidam dos temas relacionados à justiça e, via de consequência, relacioná-las com a questão da igualdade na órbita das políticas públicas de discriminações positivas torna-se imprescindível para o esclarecimento de certos pontos, como a efetivação da igualdade, no aprimoramento das relações sociais, para as quais o Direito e a Constituição exercem um papel insubstituível.

Nesta medida, os conceitos de justiça social, distributiva, e compensatória, ao lado das teorias clássicas e modernas de justiça, ordem, liberdade, igualdade e a busca da felicidade, individual e coletiva, é essencial para, ao menos, iniciar o debate acerca do caráter axiológico que permeia o sistema de cotas para os negros, dando-lhe importante sustentação teórica.

Assim, a própria noção de igualdade reporta à de justiça, máxime quando se trata de ações afirmativas, na medida em que o fim do Estado Democrático de Direito é promover a igualdade, não no sentido formal, clássico ou liberal, do tratamento igual entre os indivíduos, mas no sentido contemporâneo, material ou substancial, propósito das democracias constitucionais e do tratamento das pessoas como igual ou com igual consideração.

Deste modo, ficou caracterizado que o problema da justiça sempre inquietou – e sempre inquietará – o espírito humano, de forma que a discussão envolvendo a implementação ou não das políticas públicas de ações afirmativas, bem como os seus fundamentos jurídicos, filosóficos e ideológicos, faz chegar à evidente conclusão de que tais posturas por parte do Estado e da sociedade contemporâneos é, acima de tudo, uma questão de justiça.

Nesta perspectiva, não resta a menor dúvida de que elas se coadunam com a noção do justo e do equitativo, na medida em que promove uma das principais – se não a principal – característica da justiça, a saber, a igualdade, não apenas aquela sob o malfadado aspecto formal de isonomia, mas sobretudo o material ou substancial, temperado e revitalizado pelo conceito ralwsiano de equidade.

No que tange ao confronto entre democracia e legitimidade das políticas públicas desencadeadas em prol das minorias, denota-se que o tão famigerado déficit democrático dessas propostas igualitárias é perfeitamente justificado e suprido pela necessidade impostergável de efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos a essas mesmas minorias, mormente a liberdade e a igualdade, ainda mais se se tiver em mente o conceito amplo e atual de democracia, que exige o governo da maioria, a participação das minorias e a alternância no poder.

Em outro dizer, o que legitima, por exemplo, a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, neste aspecto, é justamente a defesa dos direitos fundamentais das minorias, na medida em que, não sendo ele exercido pela escolha popular mediante eleições, somente a intervenção judicial, neste particular, é que poderá cancelar a participação democrática desse poder no sistema de freios e contrapesos estabelecido na própria Carta Constitucional, com a devida fundamentação, é claro, preconizada no inciso IX, do artigo 93, da CF/88.

Assim, o atual estágio a que chegou o desenvolvimento social e político do Estado Democrático de Direito – legado mais sublime da civilização judaico-cristã ocidental para o mundo – permite defender a tese segundo a qual, em um ambiente democrático e constitucional, no qual prevalece a ordem política de acesso ao e participação no Poder político do Estado, em face do qual todos podem e devem colaborar com a formatação político-ideológica dos rumos e dos objetivos estabelecidos por uma Constituição, as ações afirmativas se revelam um instrumento poderosíssimo de inclusão social e política, uma vez que possibilita o exercício do poder daqueles que, por razões históricas, foram alijados do centro das decisões que determinaram e ainda determinam os destinos do Estado, cuja tradição é marcada por um processo elitista, discriminador e excludente dos que se encontravam e ainda se encontram à margem da sociedade, notadamente a população negra, herdeira das mazelas escravocratas de nossa sociedade.

De resto, não se pode olvidar que a defesa dos direitos sociais e políticos das minorias – minorias em direitos – por meio das ações afirmativas, não fere o princípio democrático, o qual não se confunde somente com a vontade da maioria – maioria em direitos.

Aliás, a má distribuição do poder político e das benesses econômicas produzidas pelo todo social é que, em verdade, configura o vilipêndio ao Estado Democrático de Direito.

Exemplo disso seria a declaração judicial de inconstitucionalidade de normas editadas pelo Legislativo, quando legisla em detrimento das minorias, ou o reconhecimento judicial da constitucionalidade de normas que as protegem e as discriminem positivamente, justifica, no jogo democrático, a intervenção do Judiciário.

Ademais, a adoção sistemática de políticas públicas de ações discriminatórias positivas por parte do Estado brasileiro, em resumo, vem ao encontro das novas demandas propostas pelos grupos sociais gerados pelo advento da Pós-Modernidade, superando o paradigma da divisão social em classes, peculiares a Era Industrial e que eram característicos da Modernidade.

As medidas de igualação material de caráter universal destinadas à classe trabalhadora, tônica do Estado do bem-estar social (*Welfare State*), por exemplo, saúde, educação, trabalho digno e previdência social, embora sejam ainda necessárias, não são suficientes para atender às necessidades básicas de grupos que, deixados à margem pelo processo de aperfeiçoamento do capitalismo globalizado, sequer recebem, para uma vida digna, o mínimo necessário do conjunto de bens produzidos pela sociedade.

Razão pela qual a mutação para o Estado Social e Democrático de Direito é imprescindível para satisfazer, de maneira pontual, essas novas reivindicações, garantindo-se não apenas a participação econômica, mas também a política, no centro das decisões do Estado, dos grupos minoritários.

Sob tal óptica, a efetivação das ações afirmativas, de um modo geral, e do sistema de cotas, de um modo específico, são instrumentos necessários, reconhecidos pelos sistemas jurídico-constitucionais mais avançados do mundo ocidental, à inclusão dos novos marginalizados pelo capitalismo global.

Nesse passo, o princípio da igualdade, que foi perseguido obstinadamente pela humanidade desde a Antiguidade, com os gregos e os romanos, ainda ocupa a pauta dos embates filosófico e jurídico da atualidade, de modo que a questão da isonomia sistematicamente induz à percepção do ideário de justiça.

Sabe-se, entretanto, que o conceito de igualdade sofreu profunda variação no tempo e no espaço, sendo certo que aquela noção oriunda dos Revolucionários Franceses do século XVIII, que reconhecia apenas o caráter formal, aristotélico, da igualdade, evoluiu para uma noção substancialmente aperfeiçoada do conceito de igualdade.

É dizer, a igualdade, após passar pela experiência da Revolução Industrial do século XIX, pelo assombro dos movimentos comunista, socialista e anarquista no início do século XX e pelas reformas sociais da última metade do século XX, recebeu uma conotação puramente material ou substancial, principalmente com a universalização dos direitos humanos no âmbito internacional e o reconhecimento e a implementação dos direitos fundamentais na seara constitucional interna dos países democráticos, por meio dos quais deixava-se de lado, em suma, o ser humano *in abstracto* do jusnaturalismo do século XVII e XVIII e partia-se para o ser humano *in concreto* investido de dignidades, e para o qual se dirigia todo o ordenamento jurídico.

Não é mais suficiente apenas proibir a discriminação, seja ela de gênero, de raça, de nacionalidade, de religião ou origem social, mediante, por exemplo, a tipificação penal do racismo, mas é crucial promover a igualdade substancial acatando as políticas públicas de ações afirmativas.

Portanto, tendo sido a igualdade material reconhecida como direito fundamental para a realização da justiça, com a efetivação, a todo custo, do postulado da dignidade da pessoa humana, sendo a Constituição o elemento político-jurídico que tangencia a ética e o direito, mediante os quais se garante o mínimo existencial a todos os integrantes da sociedade, restou ao Estado, investido, neste momento, de novas funções que não aquelas de garantir apenas as liberdades públicas e os direitos sociais, mas também e, sobretudo, a promoção de grupos sociais marginalizados, por meio das políticas públicas de ações afirmativas.

Outrossim, para a consecução de tais objetivos tão necessários à república, torna-se imperiosa a aplicação não só da verticalidade dos direitos fundamentais, assim como a horizontalidade de tais direitos, notadamente no que se refere à condição de todo o ser humano ser tratado como igual, o que exige o respeito não só do Estado, seus órgãos e agentes, mas também dos particulares,

indivíduos e corporações privadas.

A fragmentariedade dos grupos sociais, o pluralismo, a dignidade da pessoa humana, a igualdade material, a noção de justiça compensatória e redistributiva, o princípio democrático e a participação no poder político, a horizontalidade dos direitos fundamentais garantidos e assegurados pela ordem constitucional servem de argumentos robustos e indeclináveis à adoção dos programas de ações afirmativas e à adoção do sistema de cotas raciais nas Universidades e no acesso aos empregos públicos, na medida em que chamam à reflexão a ideia segundo a qual se garante o direito à diferença, quando a igualdade descaracteriza, e o direito à igualdade, quando a diferença prejudica.

Com efeito, outra não foi a decisão do STF, quando da apreciação da ADPF n.º 186, em que o partido político DEM requeria a declaração de inconstitucionalidade do sistema de cotas raciais nas Universidades públicas, pois admitiu-se a possibilidade de se implantar tal medida para não só corrigir as desigualdades sociais de cunho racial, mas, também, promover o pluralismo de ideias e concepções de mundo no ambiente acadêmico, o qual, sabidamente, é composto por uma parcela elitizada do cenário social brasileiro e, há muito tempo, é fonte de perpetuação de nossas mazelas.

Aliás, o conteúdo decisório trazido pelo voto do Relator revela, além de uma sólida base jurídico-constitucional, um forte teor filosófico, histórico, social e político do panorama brasileiro, marcado principalmente pelas desigualdades e pelas injustiças lançadas sobre a comunidade negra no Brasil.

A postura adotada pelo Supremo, em certa medida, responde à objeção posta acerca da necessidade ou mito das políticas públicas de ações afirmativas e das cotas raciais. Trata-se, portanto, de inadiável necessidade sim, haja vista que a desnecessidade ou o protelamento de sua adoção é que constituem um ato mistificador do discurso da democracia racial apropriado pelas elites.

Em síntese, restou comprovada a preocupação do STF na defesa dos direitos fundamentais das minorias e na promoção da igualdade, ao reconhecer, de maneira ampla, a necessidade e a obrigação do Estado brasileiro em efetivar tais políticas públicas, a fim de cumprir os objetivos propostos pelo artigo 3.º da Constituição Federal de 1988, sendo certo que a inclusão social do negro, por meio

do acesso à educação pública superior de qualidade, já tardou em acontecer.

É dizer, a Suprema Corte brasileira, mediante os termos proferidos na decisão da ADPF n.º 186, responde e corresponde aos anseios e às demandas da sociedade brasileira contemporânea, pois reconhece uma dívida histórica com as comunidades negras e, ao mesmo tempo, compensa esta injustiça pela promoção da igualdade substancial de grupos minoritários postos ao largo do desenvolvimento social, sendo que a atitude jurisprudencial em tela vislumbra na educação pública de qualidade a chave para o acesso e o exercício da cidadania e do poder político do Estado, na determinação do destino do país.

Todavia, adverte o STF que tais políticas devem ter um caráter eminentemente temporário e jamais permanente, o que, em última análise, está de acordo com a própria filosofia das ações afirmativas, sistematicamente lembrada nas linhas desta pesquisa, pois, ao analisar a dinâmica da relação entre atividade-meio e atividade-fim no mercado trabalho e o surgimento de novos métodos de organização, gerência e divisão do trabalho, Antônio Álvares Silva (2011, p. 77) assevera que *hoje o que é especializado pode tornar-se genérico e o que é fim pode se transformar em meio para a obtenção de um novo fim*.

É óbvio que as políticas públicas de ações afirmativas e entre elas a adoção do sistema de cotas raciais e sociais nas Universidades públicas brasileiras por si sós, não serão suficientes para solucionar a crise crônica da educação brasileira. A verdadeira revolução educacional que já deveria ter sido desencadeada a, pelo menos, cinquenta anos atrás, e tão ansiosamente aguardada pelo Brasil, deve acontecer prioritariamente na base do sistema, no ensino infantil, fundamental e médio, e não em seu topo, no ensino superior.

Não se pode ser ingênuo a tal ponto de acreditar que com o sistema de cotas o problema educacional brasileiro estará, em pouco tempo, resolvido. Mera ilusão. Do mesmo modo, não se pode cair no discurso fácil de que as políticas públicas de ações afirmativas e de adoção do sistema de cotas raciais e sociais será a grande panaceia que eliminará todas as vicissitudes da educação brasileira, de modo que elas serão suficientes para corrigir as mazelas produzidas desde a educação infantil até o vestibular. Não se deve utilizá-las para compuscar a realidade de nossas escolas públicas.

As ações afirmativas e o sistema de cotas, neste particular, é parte de um processo maior, mais amplo, ousado e ambicioso de reforma educacional e, até mesmo, social.

Entretanto, a pretexto de se esperar por este projeto para o país, não de se deve deixar de lado a necessidade de implantar as políticas de cotas em favor das minorias. Neste caso, a inércia do poder público e da sociedade seria exponencialmente nefasto, haja vista que os carentes dessas medidas positivas de inclusão não querem, não podem e não devem mais esperar.

Por fim, a conclusão a que se chega depois do estudo do tema ora abordado, qual seja, os aspectos deontológicos das ações afirmativas no sistema constitucional brasileiro, sobretudo na vertente ideológica que cerca o assunto, é o fato de que duas realidades ainda permeiam o ambiente político brasileiro, de que ainda convivem dois Brasis. Ou seja, parafraseando o pensador revolucionário italiano Antônio Gramsci (1975, p. 311), em *Cadernos do Cárcere*, há um velho Brasil que resiste em morrer e um novo Brasil que, infelizmente, insiste em não nascer.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *Parecer sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF/186, apresentada ao Supremo Tribunal Federal*.

Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/stf_alencastro_definitivo_audiencia_publica.doc. Acesso em: 25.05.2012.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Org. e trad. Luís Afonso Heck. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TREVIZAN, Ana Flávia. *Diferenciação entre minorias e grupos vulneráveis*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2319/1814>. Acesso em: 15.09.2011.

APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *Ações afirmativas e estado democrático e social de direito*. São Paulo: LTr, 2009.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. *Ativismo judicial só é admissível para as minorias*. Disponível em: <http://conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel-tutela-direitos-minorias?pagina=3>. Acesso em: 12.09.2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. *A política*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e minorias*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 24, n. 96. Brasília, out./dez. 1987.

AZ, Paulo Afonso Brum; SCHAFER, Jairo Gilberto (org.). In: Leda de Oliveira. *A outra face da discriminação positiva: uma investigação sobre os parâmetros para limitação da discriminação negativa gerada pelas políticas públicas e privadas de ação afirmativa*. Curso modular de direito constitucional. São Paulo: Conceito Editorial, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In Revista de Direito Administrativo n.º 240, 2005.

_____. *Ponderação, racionalidade prática e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: Revista Jurídica da Presidência, vol. 12, n. 96. Brasília, fev./maio, 2010.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In Sampaio, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *“Ação Afirmativa” e os princípios do direito: a questão das cotas raciais para o ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Direta e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

_____. *Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *Igualdade e liberdade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *Teoria geral do direito*. Trad. de Denise Agostinetti. Silvana Cobucci Leite (rev. da trad.). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008. Justiça e Direito.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 20 ed. 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15.09.2011.

_____. *Lei Federal n.º 9394, de 20 de dezembro de 1996: Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em 01.04.2012.

_____. *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): ADI n.º 4277*. Brasília: 2012. Decisão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 25.07.2012.

_____. *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): ADPF n.º 132*. Brasília: 2011. Decisão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 25.07.2012.

_____. *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF):* ADPF n.º 186. Brasília: 2012. Decisão disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 25.04.2012.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988 – conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 8 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. *La última palabra en el estado constitucional*. Disponível em: www.osconstitucionalistas.com.br/la-ultima-palabra-en-el-estado-constitucional. Acesso em: 31.05.2012.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. VirtualBooks. Coleção Ridendo Castigat Mores, 2005.

CHAUÍ, Marilena. *A invenção democrática*. In Claude Lefort. São Paulo: Brasiliense, 1983.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey. 3 ed. 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: da filosofia constitucional contemporânea*. 4 ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. In: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/iea/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 24.05.2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes. 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr. 1 ed. 3 tir., 2002.

_____. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2004.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Ações afirmativas: uma solução para a desigualdade*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 10.03.2010.

DICOSOLA, Maria. *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*. Cedam: PADOVA, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (Justiça e direito).

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (Justiça e direito).

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

_____. *Futebol ao sol e à sombra*. Trad. Eric Nepomuceno e Maria do Carmo Brito. 3 ed. Porto Alegre: L&PM, 2004.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Uma visão antropológica do direito a partir de Teilhard de Chardin*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 175-188. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/9391/6483>. Acesso em 24.02.2012.

_____. *A morte, o morrer, a doação de órgãos e a dignidade da pessoa humana*. In: CORREA, Elídia Aparecida de Andrade (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. 1 ed., 2 tir. Curitiba: Juruá, 2007.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001.

_____. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa, n. 151. Brasília: jul./set. 2001.

_____. *As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva*. In: AJUFE. (Org.). Seminário internacional as minorias e o direito. 2003, p. 95-132.

_____. *Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade*. In: Revista de Informação Legislativa, n. 142. Brasília: abr./jun. 1999. Disponível em: <http://static.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/05/Discrimina%C3%A7%C3%A3o-racial-e-princ%C3%ADpio-da-igualdade-Joaquim-Barbosa1.pdf>. Acesso em: 24.05.2012.

_____. *Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/instrumentos-e-m%C3%A9todos-de-mitiga%C3%A7%C3%A3o-da-desigualdade-em-direito-constitucional-e-internacion>. Acesso em: 24.05.2012.

_____. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 15.02.2010.

_____; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva*. Seminário Internacional – As Minorias

e o Direito: Série Cadernos do CEJ, 24. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/afirme/ARTIGOS/variados/var02.pdf>. Acesso em: 24.05.2012.

GRAMSCI, Antonio. *Quaderni del carcere*. Org. Valentino Gerratana. Turim: Einaudi, 1975.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

HAIDER, Ulrike Quercia. *L'influenza dell'integrazione europea sul diritto delle minoranze*. Disponível em: http://www.europeanlegalcultures.eu/fileadmin/site_files/Boursiers/Ulrike_Haider/Abstract_Th%C3%A8se_Ulrike_Haider.pdf. Acesso em: 23.02.2012.

HARRINGTON, James. *Commonwealth of Oceana*. E-books. Disponível em: http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&rurl=translate.google.com.br&u=http://manybooks.net/titles/harringtontext01ocean10.html&usg=ALkJrhiS2lt9Oxr_waQbVBm7HA6gbBRcFA. Acesso em: 19.06.2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Die normative kraft der verfassung. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Sel. e trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martins Claret, 2002.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KARAM, Fabiana Silveira. *Das relações entre o direito e a moral (Um ensaio sobre o pensamento de Kant)*. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 09.04.2011.

KATZ, Ellis. *Political and constitutional aspects of affirmative action in the United States*. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 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.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt (sinopse aggionatta)*, 1997.

LEAL, Luciana de Oliveira. *O sistema de cotas raciais como ação afirmativa no direito brasileiro*. Disponível em:

http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c9815170-f2dd-42ef-bcde-2a4d1774ecdf&groupId=10136. Acesso em: 24.05.2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coordenador). *Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2005.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. 1 ed. 2 reimpr. São Paulo: Contexto, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Marco Aurélio de. *Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas*. 2001. Disponível em www.apmbr.com.br/index.php?view=article...id=64%3Aoptica, acesso em 12.03.2010, sexta-feira, às 18h10min.

MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

MOEHLECKE, Sabrina. *Propostas de ações afirmativas no Brasil: o acesso da população negra ao ensino superior*. Disponível em

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-20072003-172034/publico/capa.pdf>, acesso em 12.03.2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABsacAF/principio-solidariedade-maria-celina-bodin-moraes>. Acesso em: 25.05.2012.

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Trad. Eveline Bouteiller. 5 ed. São Paulo: Manole, 2004.

NOBRE, Marcos (org.). *Modelos de teoria crítica*. In Curso livre de teoria crítica. Campinas: Papyrus, 2008.

NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. *As modernas teorias da justiça*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4386/as-modernas-teorias-da-justica>. Acesso em: 14.04.2011.

NUNES, Rizzatto. *Manual da monografia*. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Clara Maria C. Brum de; TROTTA, Wellington. *A liberdade como fundamento do pensamento político-jurídico kantiano*. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/36/claratrott_36.pdf. Acesso em 09.04.2011.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

OTERO, Paulo. *Direito constitucional português 1.º volume: identidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em história*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEGORARO, Olinto Antônio. *Ética é justiça*. Petrópolis: Vozes, 1995.

PERELMAN, Chäim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. (Justiça e Direito).

_____. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios gerais de direito constitucional moderno*. 5 ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Conferência Internacional sobre Ação Afirmativa e Direitos Humanos, no Rio de Janeiro, em 16 e 17 de julho de 2004: Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em 24.05.2012.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crpt/default.asp>. Acesso em: 31.01.2012.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

QUERCIA, Ulrike. *L'influenza dell'integrazione europea sul diritto delle minoranze*. Disponível em: http://www.europeanlegalcultures.eu/fileadmin/site_files/Boursiers/Ulrike_Haider/Abstract_Th%C3%A8se_Ulrike_Haider.pdf. Acesso em: 24.05.2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1983.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In: Revista de Informação Jurídica. Brasília, DF, v. 33, n. 131, jul./set.1996.

_____; MAIA, Luciano Mariz. *A proteção das minorias no direito brasileiro*.

Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo03.pdf>. Acesso em: 24.05.2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3 ed. 3 tir. São Paulo: LTr, 2002.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito*. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 30, junho/90. Disponível em:

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado_Direito_Transicao_Pos-Moderna_RCCS30.PDF. Acesso em: 24.05.2012.

_____. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos*. In Revista Contexto Internacional. Rio de Janeiro, vol. 23, n. 01, jan./jun., 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Livre e iguais: estudos de direito constitucional*. 1 ed. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa. Qu'est-ce que le tiers État?*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, Alexandre Vitorino. *O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro*.

Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>, acesso em 10.03.2010, quarta-feira, às 23h10min.

SILVA, Antônio Álvares. *Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Verdade e consenso: construção, hermenêutica e teorias discursivas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. *Notas sobre as políticas de ações afirmativas no Brasil*. Disponível em <http://www.prsp.mpf.gov.br/Notassobreaspolíticasdeaçõesafirmativas>, acesso em 10.03.2010.

TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Trad. Gentil Avelino Tilton. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. Trad. Paulo Neves. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2000 (Clássicos).

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura para o direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Imparare la democrazia*. Disponível em: <http://www.cristosapienza.it/Docpdf/Gustavo%20Zagrebelky.pdf>. Acesso em: 25.05.2012.

_____. *La ley, el derecho y la constitución*. Trad. Carlos Ortega Santiago. Revista Española de Derecho Constitucional. Ano 24, número 72, La Rioja, Espanha, dez. 2004.

_____. *Qué es ser juez constitucional? What is a constitutional justice?* Trad. Miguel Carbonell. Revista da Universidade de la Sabana. Ano 20, número 15, Chía, Colômbia, nov. 2006.