

Ana Cláudia Singer

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte

Curitiba



Editora Fórum

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

A246 A&C REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Ano 3, n. 11 jan./ mar. 2003)
Belo Horizonte : Editora Fórum, 2003
17x24 cm
Trimestral
ISSN: 1516-3210

ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002
publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito Administrativo
 2. Direito Constitucional
- I. Ed. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.951

© Editora Fórum Ltda, 2003

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Editora Fórum
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: 08007043737
e-mail: ediforum@ediforum.com.br
www.ediforum.com.br

Editor responsável:
Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e Diagramação:
Rogério de Souza Magalhães Júnior
Revisão:
Equipe Fórum
Bibliotecária:
Nilcéia Lage de Medeiros

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

As Ações Afirmativas e a Efetivação do Princípio Constitucional da Igualdade

**Clèmerson Merlin Clève e
Melina Breckenfeld Reck**

Professor Titular de Direito Constitucional da UFPR e da UNIBRASIL.
Mestranda em Direito do Estado da UFPR e Professora da UNIBRASIL

1 Introdução

As ações afirmativas são mecanismos que contribuem para a efetivação do princípio constitucional da igualdade, todavia não há, no Brasil, a necessária dedicação doutrinária a tão relevante tema, razão pela qual se justifica a pertinência do presente tema.

Não bastasse isso, encontra-se em tramitação, no Congresso Nacional, uma Proposta de Emenda Constitucional¹ na qual se almeja implementar, através da criação do Fundo para a Promoção Econômica e Social dos Afro-descendentes, ações afirmativas em favor dos afro-descendentes brasileiros, nas áreas de educação, produção, emprego e renda.

2 Princípio constitucional da igualdade e ações afirmativas

Desde a Idade Antiga, tem-se como imprescindível à existência humana o princípio de serem as pessoas humanas naturalmente iguais.

Nos séculos XVII e XVIII, erigiu-se a igualdade como um dos pilares da democracia moderna e como elemento essencial da noção de Justiça, tanto que os primeiros documentos constitucionais consagraram-na como pressuposto lógico-jurídico do Estado.

A propósito, assevera Joaquim Barbosa Gomes:

Concebida para o fim específico de abolir os privilégios característicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na posição social, essa concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX².

De outra parte, paulatinamente, vislumbrou-se que a igualdade jurídica, formal, representada pelo princípio geral da igualdade perante a lei, consistia em

¹ Proposta de Emenda à Constituição nº 44/2001, de autoria do Senador Geraldo Cândido.

² BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2.

simples retórica, vez que não implicava, tampouco conferia efetividade ao princípio da igualdade. Afinal, conforme bem observa Fábio Konder Comparato, “ sempre se suspeitou que a abstração isonômica servisse apenas para encobrir as terríveis desigualdades de fortuna e condição material, no seio do povo ”³.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, por seu turno, assevera que

o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado da isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha até então cuidado. Conclui-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica⁴.

Deveras, não só se tornou imprescindível a adoção de uma concepção material, substancial do princípio da igualdade, na qual seriam sopesadas as desigualdades reais, concretas da sociedade, de sorte que as situações desiguais fossem tratadas de forma dissímil, impedindo, assim, a perpetuação das diferenças existentes. Mas também se verificou que não basta o Estado se abster de discriminar, de tratar desigualmente, faz-se mister que o Estado atue positivamente, visando à redução das desigualdades sociais. Isso porque a mera proibição da discriminação e uma concepção formal de igualdade não produzem efeitos satisfatórios.

Nesse aspecto, sustenta Joaquim Barbosa Gomes:

Como se sabe, a idéia de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis dispositivos constitucionais e legais, muitos deles promulgados com o objetivo expresso de fazer cessar o *status* de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco e quase nada mudou. Esse mesmo fenômeno de inefetividade constitucional ocorre igualmente no que diz respeito ao *status* da mulher na sociedade.

³ COMPRATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, v. 93, p. 69.

⁴ ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 86, 1996.

Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, a certeza de que proclamações jurídicas por si sós, revistam elas a forma de dispositivos constitucionais ou normas de inferior hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, o reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao contrário, uma posição ativa⁵.

Com efeito, o Direito Constitucional Emancipatório, comprometido até a raiz com a dignidade da pessoa humana, não deve persistir no conceito estático e formal de igualdade; bem pelo contrário, cumpre a ele propugnar por uma fórmula jurídica do princípio da igualdade na qual o escopo precípua é, através da desigualação positiva, promover a igualação jurídica efetiva.

Nesse intento de concretização do princípio da igualdade substancial, as *ações afirmativas*, também denominadas de *discriminação positiva*, apresentam-se como “o mais ousado e inovador experimento constitucional concebido pelo Direito no século XX, como instrumento de promoção da igualdade e de combate às mais diversas formas de discriminação”⁶.

Conforme magistério de Carmem Lúcia Antunes Rocha, “a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica”⁷.

Antes ainda de discorrer a respeito das ações afirmativas, é pertinente analisar qual o tratamento conferido pela Constituição da República ao princípio da igualdade.

O artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, erige como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. O artigo 3º, inciso IV, por sua vez, constitui, como um dos objetivos fundamentais da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Além disso, o *caput* do artigo 5º estabelece que “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”.

⁵op.cit., p. 36-37.

⁶BARBOSA GOMES, op.cit., p. 8.

⁷op.cit., p. 90.

Analizando esses dispositivos constitucionais, Carmem Lúcia Antunes Rocha, com perspicácia, ressalta:

não apenas ali se reiterou o princípio da igualdade jurídica, senão que se refez o seu paradigma, o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores, tomou novas formas, construiu-se, constitucionalmente, de modo inédito.

A passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patente em toda estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa está inserida no princípio da igualdade jurídica concebido pela Lei Fundamental do Brasil, conforme se pode comprovar de seu exame mais singelo.

(...) O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República).

(...) Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

(...) Somente a *ação afirmativa*, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição Brasileira garante como direito fundamental de todos⁸.

Deveras, no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, determina-se uma *ação afirmativa*, qual seja promover o bem de “todos, sem preconceitos de (...) e quaisquer outras formas de discriminação”.

Como se vê, o princípio da igualdade, previsto no *caput* do artigo 5º, encontra-se jungido à obrigatoriedade da redução das desigualdades. Razão pela qual não basta que o Estado proíba a discriminação, abstenha-se de discriminar; faz-se mister que atue positivamente no sentido da redução das desigualdades, até porque a mera vedação de tratamentos discriminatórios, conforme já acentuado, não tem o condão de realizar os objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

Destarte, não padece dúvida de que a Constituição de 1988 acolheu a transformação do princípio da igualdade, é dizer, a passagem de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito dinâmico e positivo, de sorte que o

⁸ op.cit., p. 91-92.

princípio constitucional da igualdade não é mais um dever social negativo, mas sim uma obrigação positiva, cuja expressão democrática mais atualizada é a ação afirmativa.

Nesta esteira, acentua Carmem Lúcia Antunes Rocha que

a *ação afirmativa* constitui, portanto, o conteúdo próprio e essencial do princípio da igualdade jurídica tal como pensado e aplicado, democraticamente, no Direito Constitucional Contemporâneo. (...) é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação⁹.

Sendo irrefutável que a Constituição vigente consagra esse novo conteúdo do princípio da igualdade, em cujo bojo se encontram as ações afirmativas, convém, então, tratar a respeito da *discriminação positiva*.

Desde logo, frise-se que as ações afirmativas — na terminologia europeia *discriminação positiva* — surgiram nos Estados Unidos como políticas públicas e privadas que visavam não só à concretização do princípio da igualdade material, mas também à mitigação e neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de nacionalidade.

Nas palavras de Joaquim Barbosa Gomes, a discriminação positiva ou ação afirmativa

consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no “*mainstream*”, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão. Essa modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurador, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, em geral se justifica pela sua natureza temporária e pelos objetivos sociais que se visa com ela a atingir¹⁰.

⁹ op. cit., p. 99.

¹⁰ op. cit., p. 22.

Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha,

a expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 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 fundamentais¹¹.

Em outro excerto, preconiza: “a *ação afirmativa* reconstrói o tecido social introduzindo propostas novas à convivência política, nas quais se descobrem novos caminhos para se igualar, na verdade do direito e não apenas na palavra da lei, o que o preconceito de ontem desigualou sem causa humana digna”¹².

Por outro lado, saliente-se, por oportuno, que as ações afirmativas devem ser medidas excepcionais, não habituais, bem como cumpre que sejam estabelecidos, nos programas de ações afirmativas, os percentuais mínimos suficientes para garantir a igualação almejada com a ruptura dos preconceitos ou para, ao menos, propiciar, a longo prazo, a superação da discriminação.

Aliás, como bem ressalta Fábio Konder Comparato, a acusação geral feita às *affirmative actions* “é a de que esse tipo de remédio jurídico, quando admitido como algo de normal e rotineiro e não como medida excepcional, acaba por instaurar uma discriminação inversa, isto é, da minoria contra a maioria, numa negação prática da igualdade perante a lei”¹³.

Outrossim, destaca Carmem Lúcia Antunes Rocha que não se pretende com as ações afirmativas dar azo a novas discriminações, agora em desfavor das maiorias; os planos e programas de discriminação positiva devem, portanto, primar sempre pela adoção e fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas ou pelo menos se propiciarem as condições para sua superação em face da convivência juridicamente obrigada¹⁴.

Como se vê, tais precauções são relevantes no sentido de se evitar a instauração de uma discriminação inversa.

3 À guisa de conclusão

Dentre as três grandes nações ocidentais (Estados Unidos, África do Sul, Brasil) marcadas pela agudeza das desigualdades sociais fundadas no fator racial,

¹¹ op. cit., p. 88.

¹² op. cit., p. 99.

¹³ op. cit., p. 77-78.

¹⁴ op. cit., p. 88.

o Brasil é o país que apresenta as mais gritantes desigualdades de fundo racial, todavia jamais se cogitou da edição de medidas de cunho promocional, integrativo, suscetíveis de inserir os negros em igualdade de condições no mercado de trabalho e de propiciar-lhes acesso à boa educação.¹⁵

Diante dessa conjuntura, é salutar a implementação de ações afirmativas, tal como levado a cabo na referida Proposta de Emenda; eis que tais mecanismos buscam contribuir para mitigar a desigualdade gritante e para evitar a perpetuação de um *apartheid informal* no Estado Brasileiro.

Aliás, frise-se, por oportuno, que a adoção da discriminação positiva contribui não só para efetivar materialmente o princípio constitucional da igualdade, mas também para atender à necessidade de promoção do bem-estar de todos e da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, não se olvide que é imprescindível também a adoção das precauções necessárias para se evitar a discriminação inversa, tal como a fixação de percentuais mínimos, a excepcionalidade da medida.

Por derradeiro, são insofismáveis a relevância e a pertinência das ações afirmativas para a concretização do princípio da igualdade e para a redução das desigualdades, no entanto cumpre repudiar a adoção de medidas que, a pretexto de efetivarem tal princípio, acarretem a instauração do extremo oposto, isto é, da discriminação inversa.

¹⁵ BARBOSA GOMES, op. cit., p. 11-13.