

REVISTA
EUROLATINOAMERICANA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 3 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2016 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Políticas públicas de ações afirmativas: igualdade, solidariedade, alteridade – limites

Public policies of affirmative actions: equality, solidarity, alterity – limits

REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI*

Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Brasil)
reginanferrari@gmail.com

Recibido el/Received: 12.12.2015 / December 12th, 2015

Aprobado el/Approved: 16.04.2016 / April 16th, 2016

RESUMO:

Na busca pela concretização de direitos fundamentais, tem sido crescente a adoção de políticas públicas de ações afirmativas, a exemplo das cotas raciais e socioeconômicas no ensino superior e nos concursos públicos. O presente artigo visa tratar do tema das ações afirmativas nos planos da igualdade formal, material e substancial, buscando assim estabelecer quais os limites para sua implementação.

Palavras-chave: ações afirmativas; políticas públicas; igualdade formal, material e substancial; solidariedade; cotas.

ABSTRACT:

Seeking the realization of fundamental rights, the adoption of affirmative public policies, such as racial and socioeconomic quotas in higher education and in public competitions, has been increasing. This article focuses on the issue of affirmative actions in the formal, material and substantial equality plans, in order to establish the limits for its implementation.

Keywords: affirmative actions; public policies; formal, material and substantial equality; solidarity; quotas.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Políticas públicas de ações afirmativas: igualdade, solidariedade, alteridade – limites. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 3, n. 1, p. 69-85, ene./jun. 2016. DOI: [10.14409/rr.v3i1.7122](http://WWW.DX.DOI.ORG/10.14409/RR.V3I1.7122)

*Professora aposentada de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná – UFPR e Coordenadora Geral do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil). Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. E-mail: reginanferrari@gmail.com



SUMÁRIO:

1. Limites aos direitos fundamentais. **2.** Igualdade substancial, material e formal. **3.** Critério discriminatório. **4.** Ações afirmativas: efetivação/solidariedade. **5.** Políticas públicas para ações afirmativas: limites. **6.** Referências.

1. LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O homem é um ser social, o que significa dizer que a sua existência tem como característica a coexistência. Deste modo, se os homens coexistem, seus direitos, por natureza, possuem o mesmo atributo e se limitam mutuamente.

Os direitos fundamentais, por decorrerem da própria natureza humana, não podem ser absolutos, primeiramente, porque são direitos positivados em um determinado tempo e lugar e, em segundo lugar, como afirma Konrad Hesse, porque “as liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas e, como tais, sempre determinadas materialmente, isto é, limitadas”, ou, melhor dizendo, “cada direito fundamental encontra seu limite, principalmente, lá onde termina seu alcance material”. Além disso, os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, na medida em que possuem uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Não o são na sua dimensão subjetiva, porque não remetem ao arbítrio do titular para determinar o âmbito de satisfação do seu interesse e na, sua dimensão objetiva, porque, enquanto valores previstos na Constituição estão integrados na comunidade e ligados à idéia de responsabilidade¹.

Deste modo, tais direitos mantêm, entre si e com os outros bens constitucionalmente protegidos, uma relação de harmonia, em que pese ser comum o conflito entre eles, como, por exemplo: entre a liberdade de expressão e comunicação e o direito à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada; entre a efetividade jurisdicional e a segurança jurídica, entre a liberdade de circulação e a saúde pública.

Sampaio Doria, analisando o tema, afirma que “O único limite ao direito fundamental de um indivíduo é o respeito à igual direito de seus semelhantes, e a certas condições fundamentais das sociedades organizadas”², já Celso Bastos diz que, em face de um caso concreto, é pelo princípio da harmonização que se devem conformar normas ou valores em conflito no texto constitucional, ou seja, quando dois princípios mostrem-se antagônicos, devem abdicar da pretensão de serem aplicados de modo absoluto, prevalecendo só até o ponto em que devam renunciar em favor de um valor ou princípio que lhe for divergente³.

¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988. p. 250-251.

² DORIA, Sampaio. *Os Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942. p. 574.

³ BASTOS, Celso. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, IBDC, 1999. p. 107.



O próprio texto constitucional, expressamente, permite restrição ao conteúdo do direito fundamental por meio de lei, como, por exemplo, quando, no art. 5, XIII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, prevê que a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, fica restrita às qualificações profissionais que a lei estabelecer; e se no inciso XXII, do citado artigo 5º, garante o direito de propriedade, no XXIII exige que a propriedade atenda a sua função social.

Como se pode observar, tanto se fala em limite como em restrição, expressões que, conforme Jorge Miranda, não significam a mesma coisa. A *restrição* “tem que ver com o direito em si, com sua extensão objetiva; o *limite* ao exercício de direitos contendo com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afeta o direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas; o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de caráter geral, válidas para quaisquer direitos”.⁴

Neste enfoque Canotilho, ao analisar o desenvolvimento dos direitos fundamentais, reconhece que as restrições, veiculadas em lei, podem representar uma restrição ou uma conformação. Adverte que restritivas são as normas que limitam as posições que, *prima facie*, “se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais e que as normas legais conformadoras pretendem “completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstrato ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais”.⁵

Assim, é possível concluir que “o complexo normativo dos direitos fundamentais é composto por normas constitucionais e normas infraconstitucionais, sendo que estas podem ser normas restritivas ou normas conformadoras” e, para compreender seus efeitos, é preciso enfrentar a distinção entre limites internos e externos aos direitos fundamentais.⁶

Não se pode esquecer, por exemplo, que a própria Constituição no afã de detalhar, de descrever melhor um direito, pode restringir o universo de um direito fundamental. Na verdade, tal detalhamento não pode ser considerado como um verdadeiro limite, mas uma cláusula restritiva constitucional expressa, que, segundo Alexy, converte um direito *prima facie* em um não-direito definitivo. O exemplo característico da hipótese levantada vem no art. 5º, XVI, da CF de 1988, quando, ao prever a liberdade de reunião, exige que se dê de modo pacífico, sem armas, em locais abertos ao público,

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 329.

⁵ CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1131.

⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 28/29.



“independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Para Alexy, tais cláusulas nem sempre estão expressas, o que significa dizer que podem estar tacitamente previstas pela Constituição. Decorrem da interpretação sistemática e unitária do diploma constitucional e acontece quando direitos fundamentais de terceiros, entram em colisão com outros valores jurídicos constitucionais e por isso, limitam, também, direitos fundamentais irrestringíveis.⁷

Além dessas restrições diretamente constitucionais, existem limites instituídos pelo legislador ordinário, a partir de prévia e expressa autorização constitucional. Tal característica propiciou Alexy alertar que a previsão constitucional que autoriza a restrição dos direitos fundamentais por meio de lei, apenas fundamenta sua restringibilidade, na medida em que as restrições propriamente ditas são aquelas introduzidas por lei, as quais serão válidas quando obedecerem aos contornos determinados pela Constituição e desde que protegido o núcleo essencial.⁸

As Constituições contemporâneas, elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, impõem aos Poderes Públicos acabar com as desigualdades sociais e impedir a discriminação.

A Constituição Federal de 1988 depois de afirmar, no *caput* do seu art. 5º, 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”, declara no primeiro inciso do referido artigo que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Da simples leitura dos dispositivos registrados é possível sentir a preocupação do Legislador Constituinte com a igualdade. Conforme Antonio Manuel Hespanha, “a instauração da igualdade entre os cidadãos tem sido – juntamente com a garantia da sua liberdade e da segurança (ou da paz) – a definição clássica das funções do direito no Estado contemporâneo”⁹. Mesmo porque, a necessidade de determinar juridicamente a garantia da igualdade pressupõe que ela não é um dado espontâneo nas sociedades, embora possa ser um elemento da natureza dos homens.

Para Canotilho a ideia de igualdade está presente sempre que se pensa em justiça, em que pese compreender diversas esferas: “‘direito a ser considerado igual’ (Rawls), ‘direito a ser titular de igual respeito e consideração’ (Dworkin), ‘direito a iguais atribuições

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. trad. De Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁸ ALEXY, Robert, *ibidem*, p. 272/273.

⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. *Caleidoscópico do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina. 2007. p. 140/141.



na comunicação política' (Ackerman, Habermas), 'direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei'¹⁰

Fala-se em princípio da igualdade, no sentido de representar a ideologia constitucional e um dos seus postulados básicos, o qual não só nivela os cidadãos perante a norma, mas, também, exige que a norma não possa ser criada prevendo tratamento diverso entre eles.¹¹

Neste sentido o STF se pronunciou, ao considerar que "O princípio da isonomia, que se reveste de auto aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar as discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo a lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador, imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a eiva de inconstitucionalidade" (MI 58, Rel. Min, Celso de Mello, j. 14.12.1990, RDA 183/143).

Ademais disso se encontra a denominada igualdade substancial, significando a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, bem como sua sujeição a deveres¹².

A grande dificuldade para entender o princípio da igualdade ou da isonomia, decorre do fato dos homens não serem todos iguais, vale dizer: são, ao mesmo tempo, iguais e desiguais. Iguais pela sua natureza, desiguais pela diversidade de sua condição de vida, seja ela de ordem física, psicológica, moral, econômica, social, etc. Esta desigualdade pode acarretar, por exemplo, situações diferentes no que diz respeito à instrução, inteligência, idade, ascensão social.

Segundo Aristóteles a essência da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Mas isto não resolve o problema relativo distinguir os iguais dos desiguais, vale dizer: para concretizar a igualdade, que em princípio

¹⁰ CANOTILHO, Joaquim Gomes, Op Cit., p. 239.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 10.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 317.



é abstrata, é preciso partir de critérios objetivos, “sob pena de torná-lo um escudo de impunidade para a prática de arbitrariedades”¹³.

2. IGUALDADE SUBSTANCIAL, MATERIAL E FORMAL

O grande problema que se põem, em relação ao princípio da igualdade, refere-se à distinção entre a igualdade formal ou jurídica e a igualdade material ou substancial e fática. Vale dizer: a igualdade de oportunidades no plano das relações sociais.

É preciso, portanto, diferenciar a igualdade substancial, material ou fática, da formal.

Ainda no século XIX o marxismo salientou esta diferença e fundamentou sua crítica ao Estado Liberal, ao considerar que ele nem sempre instaurava a igualdade, 1. pois admitia o sufrágio censitário, a exclusão do voto feminino, a situação privilegiada de certas religiões, como acontecia com relação à religião católica, em Portugal, Itália e Espanha; 2. a liberdade e a igualdade prevista para todos, pelo direito, não podiam ser exercidas na mesma medida em virtude das condições sociais e econômicas de cada um, como, por exemplo, as normas que garantiam a propriedade, sob o ponto de vista dos mais pobres, representaram uma proibição de acesso. Ainda assim, o direito criava o mito da igualdade e insinuava que as desigualdades materiais tinham origem nas diferenças de mérito e na capacidade de trabalho, o que legitimava a desigualdade, que era “encoberta por um discurso que afirmava a possibilidade futura de uma igualdade para todos. Com isso, desonerava a sociedade das responsabilidades nessa situação de facto, devolvendo esta responsabilidade para os desfavorecidos (pobres, mas responsáveis pela sua pobreza; mulheres, mas responsáveis pelo papel discriminado que tinham na sociedade, subdesenvolvidos, mas culpados por isso)”¹⁴.

A igualdade substancial ou material, própria do Estado Social, propugna o tratamento uniforme de todos os homens, uma igualdade real e efetiva frente aos bens da vida, isto, até hoje, em sentido absoluto, não se realizou em nenhuma sociedade, nem nos países de ideologia comunista, nas chamadas democracias populares.

Nas constituições contemporâneas, próprias das democracias ocidentais, a igualdade material é reconhecida na medida em que preveem normas programáticas que tendem a desfazer o desnivelamento, por exemplo, entre capital e trabalho, bem como propiciar o acesso à saúde, educação, moradia e seguridade social, etc. Nos dias de hoje, diante dos princípios democráticos em vigor, não se concebe alguém ser discriminado em razão de sua genealogia, de um tratamento mais benévolo em razão de sua casta social. Mas, ainda se vê a necessidade de reafirmar o princípio da igualdade, inclusive no seu sentido formal, que consiste no direito de todo indivíduo não ser desigualado pela lei a não ser que isto aconteça em consonância com critérios

¹³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 400.

¹⁴ HESPAÑA, António Manuel, Op. Cit., p. 142- 144.



aceitos e não vedados pela Constituição, ou seja, o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia¹⁵.

Trata-se de saber se o Estado deve assegurar apenas uma neutralidade processual ou se sua ação deve realizar a igualdade material.

Quando o princípio da igualdade é entendido no sentido da igualdade de todos na lei e perante a lei, se aplica quando da atuação do Legislativo, do Executivo e, também, do Judiciário, no tratamento dispensado às partes no processo.

3. CRITÉRIO DISCRIMINATÓRIO

Como já registrado, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 depois de prever, no *caput* do seu art. 5º, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, no inciso III do artigo 3º, estabelece que cabe ao Estado “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A Constituição Federal de 1988 ao admitir que os indivíduos não são sempre iguais, escolhe alguns critérios que não devem ser utilizados para desigualá-los, tais como a origem, a raça, o sexo, a cor, a idade, quando se trata de promover o bem,

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar o conteúdo do princípio da igualdade, acentua que qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido como fator discriminatório, mas “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional”¹⁶.

Isto porque, nem sempre a desigualdade, prevista em lei, fere o princípio da isonomia, como, por exemplo: quando se trata do sexo da pessoa, se sob um ponto de vista é inaceitável que seja escolhido para desnivelar materialmente homem e mulher, de outro prisma, pode ser utilizado com a finalidade de atenuar este desnível.

O que importa é a finalidade protegida e que o elemento discriminador seja eleito a serviço de uma finalidade amparada pelo direito, vale dizer: que haja uma relação de pertinência entre o elemento discriminador e a finalidade pretendida. Um mesmo fator pode, em uma situação, estar ligado a uma violação ao princípio da isonomia e em outra não caracterizar uma desigualdade. O que torna inadmissível a desigualação

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Op. Cit., p. 10.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Ibidem.*, p. 21-22.



é a ausência de correlação lógica entre o elemento do *discrimen* e os efeitos jurídicos produzidos.

Para saber quando podem ser feitas as diferenças sem quebra da isonomia, deve-se, primeiro, analisar o elemento escolhido como fator de desigualação e, em um segundo momento, verificar a correlação existente entre este elemento e a disparidade estabelecida no tratamento. De um lado se deve investigar o escolhido como critério discriminatório e, de outro, se existe justificativa para atribuir a diferença do tratamento jurídico escolhido, em decorrência da desigualdade proclamada.

O caráter inconstitucional da desigualdade não repousa só no critério escolhido, mas na falta de correlação lógica entre ele e a finalidade ou valor adotado, expressa ou implicitamente, pelo ordenamento jurídico.

A própria Constituição de 1988 estabeleceu desigualdades, como no artigo 7º, XVIII e XIX, ao prever a licença maternidade e paternidade, artigo 143, §2º isenta do serviço militar, em tempo de paz as mulheres e os eclesiástico; o artigo 201, § 7º, I e II, determina, no inciso I, que aposentadoria estará assegurada para as mulheres com 30 anos de contribuição para a Previdência Social e, para os homens, como 35 anos e no inciso II que aposentadoria poderá ser adquirida: pelos homens aos 65 anos de idade e, para as mulheres, como 60 anos.

Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece três questões a serem observada para verificar se houve o respeito ou desrespeito à isonomia. “A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b. a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; 3 A terceira atina à consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados”¹⁷.

Não é permitido a lei prever a consequência de um fato sem que exista uma justificativa lógica jurídica para tal ligação. Do mesmo modo, a lei não pode deixar de observar critérios de proporcionalidade, sem enveredar no campo da falta de isonomia, como, por exemplo, cobrar multa de valor astronômico, pelo não pagamento da uma das parcelas correspondentes ao valor anual do Imposto Predial e Territorial Urbano, incidente sobre um terreno urbano de 300m².

A igualdade, por si só, não assegura nenhum direito, mas impede a sua má utilização. Assim, se lei, ao prever tratamento igual para todos, não levar em conta a existência de uma desigualdade, a qual impõe uma consideração desigual, estará ferindo o princípio da igualdade e cometendo uma inconstitucionalidade.

Assim, se a igualdade formal é relativa e convive com diferenciações, todas elas não podem ser aceitas, pois, além de serem uma condição para evitar a arbitrariedade, sua

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Ibidem.*, 21-24.



justificativa deve ter conteúdo razoável, no sentido de ser objetiva e racional, e proporcional, isto é, que seja um reajuste de situações desiguais¹⁸.

Afirma Carmem Lúcia Antunes Rocha que “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)”¹⁹.

O que se deve precisar não é só a igualdade perante a lei, mas a igualdade material ou de resultados, como decorrência da eliminação das desigualdades, pois, só assim, será efetivamente respeitado o preceito isonômico constitucionalmente previsto.

4. AÇÕES AFIRMATIVAS: EFETIVAÇÃO/SOLIDARIEDADE

A Constituição Federal brasileira de 1988 assegura a busca da igualdade material e se preocupa com os aspectos que podem impactá-la. Não se limita a proibir a discriminação, mas, afirmando-a, permite sua utilização, como uma das formas de realizar os objetivos do Estado Brasileiro, e indica medidas para realizá-la.

Deste modo, por exemplo, os artigos 3º, 7º, XX, 37, VIII e 170 preveem:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

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

Art. 7º. São direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição de social: (...)

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

Art. 37. (...)

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

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

VII - redução das desigualdades regionais e sociais (...);

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

¹⁸ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Seminário Internacional “As minorias e o Direito”. *Série Cadernos do CEJ*, nº24, p. 112.

¹⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa - Conteúdo democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº15, p. 85. 1996.



Cármen Lúcia Antunes Rocha ressalta que os verbos construir, erradicar, promover, reduzir, indicam ação, ou melhor, um comportamento ativo, uma obrigação de agir, com vistas a realizar uma mudança nas condições sociais, políticas, econômicas e regionais, para alcançar uma vida digna como valor supremo e fundamental do nosso Estado Democrático de Direito e obter uma sociedade livre, justa e solidária²⁰.

Para alcançar tal desiderato, cabe ao Estado adotar um comportamento ativo, positivo, afirmativo, para a concretização da igualdade material ou substancial.

A Constituição Federal de 1988 não só proíbe a discriminação, mas, exige que se busquem mecanismos aptos a promover a igualdade e, dentre eles, estão as denominadas ações afirmativas, usadas como forma de se chegar à equidade e à igualdade de oportunidades.

No afã de colocar os membros de uma sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida, muitas vezes é necessário favorecer uns em detrimento de outros.

Trata-se do que Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva chama, também, de discriminação positiva ou de discriminação inversa, e que se resume na introdução de uma desigualdade para conseguir uma igualdade maior²¹.

Em 4 de junho de 1965, na Howard University, Lyndon B. Johnson, o Presidente dos Estados Unidos da América do Norte, passou a inflamar o movimento conhecido e denominado pela Suprema Corte Americana como *affirmative action*, no sentido de comprometer as organizações públicas e privadas com uma nova prática do princípio da igualdade. No mesmo ano de 1965, uma ordem executiva federal norte-americana, determinou que as empresas empreiteira contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a aumentar a contratação dos grupos ditos minoritários, desiguais social e juridicamente.

As ações afirmativas significam o favorecimento de minorias socialmente inferiorizadas por preconceitos culturalmente arraigados, os quais precisam ser superados para alcançar a igualdade assegurada constitucionalmente, com solidariedade, justiça e equidade.

Nesta seara, Clèmerson Clève depois de ponderar que o princípio da diferença substancial, de certa maneira, um corretor das desigualdades, cita Michel Sandel, quando afirma: "Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa. É por isso, argumenta Rawls, que a distribuição de renda e fortuna que resulta do livre mercado com oportunidades formalmente iguais não pode ser considerada justa (...). Uma das formas de remediar essa injustiça é corrigir as diferenças sociais e

²⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, Op. Cit., p. 85.

²¹ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As Minorias e o Direito. Seminário Internacional. *Série de Cadernos do CEJ*, nº24.



econômicas. Uma meritocracia justa tenta fazer isso, indo além da igualdade de oportunidades meramente formal. Ela remove os obstáculos que cerceiam a realização pessoal ao oferecer oportunidades de educação iguais para todos, para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas”²².

Mas, quando se pensa em minoria, é preciso esclarecer que nem sempre significa o menor número de pessoas, pois este pode ser maior do que aquele reconhecido como maioria. É o que acontece, no Brasil com as mulheres e os negros que, são tidos como minoria, mas, na verdade, representam o maior número de pessoas da sociedade brasileira.

Todo grupo discriminado, excluído e marginalizado, pode ser sujeito de ações afirmativas, tais como: pequenas empresas ou, também, empresas de propriedade de grupos étnicos ou raciais.

Com as ações afirmativas não se pode pretender trocar os excluídos e produzir nova discriminação. As medidas a serem tomadas devem estar num contexto de razoabilidade, de modo que qualquer excesso pode representar uma violação à ordem constitucional. Para que isto não aconteça, alguns critérios devem ser observados para dar lugar a diferença jurídica de tratamento, vale dizer: 1. a diferenciação deve ser motivada e adotada para a estrita finalidade de conceder uma vantagem a uma certa categoria de pessoas; 2. Esta categoria deve ter sido objeto de discriminação; 3. O estabelecimento de uma igualdade de fato, deve ser a meta do legislador, de modo que uma vez alcançada, cesse a política discriminatória²³.

Foi dentro desta realidade que o inciso I do artigo 5º da Constituição Federal não só aboliu a discriminação entre o homem e a mulher, como permitiu que se buscassem mecanismos para promover a igualdade entre eles, o que, por exemplo, foi inicialmente feito pelas Leis 9.100/95 e 9.504/97 que estipularam cotas de candidatas mulheres para as eleições.

Conforme redação dada pela Lei 12.034 de 2009, o §3º de seu artigo 10 dispôs: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o máximo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”.

Sobre o assunto, a Resolução 23.373/2011, do Tribunal Superior Eleitoral, deu novo entendimento à referida Lei ao considerar os 30% (trinta por cento) de vagas, como o mínimo obrigatório, com vista a possibilitar a pluralidade de gênero no pleito eleitoral.

O objetivo das cotas é corrigir injustiças, inclusive, quanto ao acesso à educação superior e, conseqüentemente, ao mercado de trabalho.

²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Direito Constitucional brasileiro - Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2014. p. 751.

²³ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, Op. Cit., p. 136-138.



Segundo o IBGE, em 2008, os brasileiros brancos tinham dois anos a mais de escolaridade que os negros e pardos, sendo que a primeira universidade a adotar o sistema de cotas foi a Universidade Estadual do Rio de Janeiro, em 2002, por conta de uma lei estadual. Mas, no Brasil, há ainda as chamadas cotas sociais, quando o sistema beneficia, também, os alunos vindos de escolas públicas, caracterizando, conforme o caso as denominadas cotas mistas, reservadas a estudantes negros que estudaram na rede pública de ensino.

O STF no julgamento da ADPF 186, proposta pelo Partido Democratas, se manifestou em relação às cotas étnico-raciais para ingresso na Universidade de Brasília, que reservava 20% (vinte por cento) para os negros e um percentual menor para os indígenas, pelo prazo de 10 anos, quando, em abril de 2012, a considerou improcedente.

Para concorrerem a tais vagas, os candidatos necessitam assinar um termo de compromisso no qual declaram sua condição e, para que não haja o risco de distorções no processo de seleção, em algumas instituições, existe a realização de entrevista, perante uma comissão de avaliação, para confirmar sua natureza.

A Lei 12.711/2012 ampliou o ingresso de grupos vulneráveis nas universidades e instituições federais, nos seguintes termos:

Art. 1º. As instituições federais de ensino superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Parágrafo único: No preenchimento das vagas que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário mínimo e meio) per capita”.

(...) “Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção, no mínimo, igual de pretos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Parágrafo único: No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo. Aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”.

No art. 7º da referida Lei está prevista a necessidade de revisão periódica do programa de inclusão social, ao dizer: “ O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior”.



O problema das ações afirmativas transcende ao Direito brasileiro e envolve o Direito Internacional dos Direitos Humanos que, conforme trata o §2º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os tratados sobre direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte, incluem-se no rol dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

O Brasil é signatário dos principais instrumentos de proteção dos direitos humanos, como, na hipótese da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, porém, ainda lhe faltam técnicas para a prática de ações afirmativas.

Entre nós se fala, quase que exclusivamente, em sistema de cotas, mas a utilização de políticas afirmativas não exige só a reserva de vagas a ser preenchida por um grupo da população, como acontece, com a reserva para os afrodescendentes em concursos públicos para ingresso no serviço público e nos concursos vestibulares para um curso superior em instituições públicas.

Quando se trata de discriminação racial, é essencial que o Estado brasileiro a reconheça oficialmente e tome a decisão política de enfrentá-la, de modo a admitir a existência de um problema racial em nosso país e tomar medidas sérias para minorar os efeitos sociais dele decorrente. Entretanto, se ao Estado cabe enfrentar a questão e tentar solucioná-la, ele não é o único a aceitar e assumir este desafio, e, deste modo, deverá traçar diretrizes para que os demais atores sociais se comprometam em agir neste sentido.

As ações afirmativas não devem estar limitadas à esfera pública, também devem englobar a privada, vale dizer: às universidades privadas, às empresas, às organizações não governamentais, etc., o que pode, por exemplo, ser implementado, além de pela reserva de cotas, por um sistema de incentivos fiscais e bônus como instrumentos de motivação do setor.

São instrumentos de superação da noção de que o princípio constitucional da igualdade se exaure na dicção da igualdade formal, na medida em que fornecem mais completude à igualdade material, não só pelo tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, com a absorção social dos histórica e culturalmente discriminados, vale dizer: dos afrodescendentes, das mulheres, dos homossexuais, dos deficientes físicos, e dos que sofrem qualquer tipo de discriminação.

O que se deve precisar não é só a igualdade perante a lei, mas a igualdade material ou de resultados, em decorrência da eliminação das desigualdades, pois, só assim, será efetivamente respeitado o preceito isonômico constitucionalmente previsto.

Conforme pondera Roberta Fragoso Menezes Kaufmann ao tratar das medidas de ação afirmativas, não deve ser pressuposta sua constitucionalidade para, então, averiguar sua conveniência e oportunidade social e política. Tal tarefa compete às ciências sociais, econômicas e políticas, mas identificar a constitucionalidade deste tipo de



políticas públicas é tarefa problemática, pois, reconhecer a necessidade de intervenção do Estado, por meio de políticas públicas, para promover a igualdade material/fática, não significa admitir ser fácil estabelecer limites para esta atuação.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AÇÕES AFIRMATIVAS: LIMITES

A Constituição Brasileira de 1988 aceita a implementação de medidas de ação afirmativa e, em alguns momentos, inclusive, as torna obrigatórias, como em hipóteses já registradas. Nestes casos, não cabe escolha ao legislador ordinário, senão estabelecê-las modalidade prevista. Isto porque a exigência de tais ações pode estar, também, no art. 5º, LXXVI, ao prever a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito para os reconhecidamente pobres, o que, em certa medida, pode levar a perguntar: qual o limite para ser reconhecidamente pobre?

Temos ao nosso alcance uma série de medidas que nos são facultadas mas nossa Lei Fundamental não fornece, a priori, qual a solução para a colisão entre os princípios da igualdade jurídica e da igualdade material/fática.

Existem ações afirmativas embasadas em critérios raciais e de gênero, expressamente permitidas com a internalização de tratados e convenções internacionais, firmados pelo Brasil, com hierarquia constitucional e supralegal, tais como: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial (Dec. Leg. 65.810/1969); Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Dec. Leg. 4.377/2002)²⁴.

Adotada a hierarquia constitucional, existe autorização para o estabelecimento de ações afirmativas que utilizem critérios raciais e de gênero, o que exige competência formal e material para seu estabelecimento, ou seja, além de serem estabelecidas por agente competente, necessitam de justificação material.

Os atos infra-legais, em sentido amplo, podem restringir princípios constitucionais quando sustentados por outros princípios constitucionais. Isto é, uma ação afirmativa, desde que observe a proporcionalidade em sentido amplo, pode trazer restrições ao princípio da igualdade jurídica.

Quando se analisa a constitucionalidade das medidas de ação afirmativa, surge a necessidade de observância do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, que consiste na noção de adequação entre meios e fins, tal como emerge no campo do Direito Administrativo, o que não se confunde com a máxima da proporcionalidade, que serve para verificar a legitimidade das ofensas a princípios constitucionais.

²⁴ No RE 349.703/RS o STF decidiu "o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante".



A proporcionalidade administrativa, por sua vez, implica que os atos “cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar ao objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade”, isto é, deve ser adotada a conduta menos gravosa possível, ponderando-se meios e fins para alcançar os interesses prestigiados pela Constituição.²⁵

Nossa Lei Magna ao exigir que o Estado brasileiro promova o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, sem quaisquer formas de discriminação, não impede que a lei possa criar distinção entre as pessoas. Aqui é preciso estabelecer diferença entre o que se entende por diferenciação e discriminação: esta se resume na diferenciação injustificada; aquela, é a que considera a diferenciação justificada, de tal modo que o que a Lei Fundamental proíbe são as diferenciações não justificadas.

Portanto, é possível adotar a raça como critério de diferenciação, o que, no Brasil, leva à solução de um problema em razão da miscigenação de raças e pela dificuldade em determinar a qual pertence certo indivíduo. Tal reflexão não é juridicamente eficiente, na medida em que sua fundamentação deve ser sólida para demonstrar a proporcionalidade, caso a caso.

Conforme dispõe o art. 3º, II, da CF, são objetivos da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e as ações afirmativas são medidas que visam atacar a desigualdade fática, como, por exemplo, a baseada no critério étnico-racial para estabelecer a reservas de vagas para negros e pardos nas universidades públicas.

Tais medidas, entretanto, não apresentam certeza absoluta no que tange a fomentar o princípio da igualdade fática, mas, basta que seja provável seu resultado, para ser possível sua utilização em um contexto jurídico.

Perquirir qual o melhor critério a ser escolhido a fim de programar ações afirmativas é, em última análise, uma escolha política, cabendo à jurídica analisar a proporcionalidade da medida.

Nem sempre as melhores escolhas políticas podem ser consideradas válidas, pois, podem levar a sua sobreposição, ou seja, a conjugação de critérios étnico-raciais com os socioeconômicos com os que levam em consideração as deficiências físicas para reduzir a desigualdade social.

Como se vê, a adoção de ações de políticas afirmativas, quando facultativas, resulta sempre de um posicionamento político, o qual só será motivo de apreciação jurídica em razão de proporcionalidade da medida, considerada de acordo com o ordenamento jurídico.

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros 2009. p. 110.



É oportuno notar que visa fornecer critério para uma intervenção justificada e legítima, afim de que a ação afirmativa seja caracterizada apenas como uma restrição e não uma violação.

Em face dos problemas referentes à sua justificação, a própria Suprema Corte Norte-Americana depois de haver propiciado a expansão de sua aplicação, inclina-se para sua gradativa restrição, o que também ocorre no plano legislativo, como, por exemplo, no Estado da Califórnia, onde, em 1996, houve a aprovação, em plebiscito, por 54% do eleitorado, da Proposition 209, que proíbe discriminação de qualquer indivíduo ou quando a ele se dê tratamento preferencial em razão da raça, sexo, origem nacional, etc..., em relações de emprego público, contratação pública ou educação pública, encerrando a possibilidade de aplicação de medidas de ação afirmativa pelo governo do Estado. Tal medida é apenas estadual, mas tem servido de exemplo para outros estados e municípios, como para o Estado de Michigan, que adotou, em 2006, medida semelhante, aprovada por 58% do eleitorado.²⁶

É importante registrar que as ações afirmativas embora com declínio em solo americano, embora em declínio, não estão ali enterradas, pois, ainda, recebem grande apoio da sociedade.²⁷

Entre nós ainda não existe consenso quanto à forma como a sociedade e o governo tratam a questão e mesmo depois de o STF ter considerado constitucional o sistema de cotas raciais em universidades públicas, existem críticas que defendem que elas devem privilegiar os pobres, sejam brancos, pretos, pardos ou índios, já que, no Brasil, a questão racial nunca impediu o acesso e frequência às universidades.

Aqui é importante ponderar que a opção para a adoção de ações afirmativas, antes de ser um ato político volitivo é um compromisso necessário para com a sociedade e com o próprio cidadão, o que leva o administrador a uma contingência de observância do sistema normativo.

Embasada em política/social, precisa ser legal, moral e possível, na medida em que o administrador deve ver o próximo como reflexo de sua própria identidade e reconhecer que a convivência dos administrados, no mesmo tempo e lugar, necessita propiciar uma postura dialógica de ideias e de troca de conhecimento e compreensão.

Concebendo a si mesmo, a própria sociedade recorre à alteridade, ou seja, vê no próximo a sua identidade, o seu mundo em que o ideal de iguais oportunidades deve ser o referencial para todos os seus membros, na medida em que o bem-estar do homem, como centro das atos humanos e, conseqüentemente, das ações jurídicas, é um valor para adoção das políticas públicas afirmativas.

²⁶ MENDONÇA, Luis Felipe Ferreira. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 69.

²⁷ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa, Op. Cit., p. 231.



6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, IBDC, 1999.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Direito Constitucional brasileiro - Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2014
- DORIA, Sampaio. *Os Direitos do Homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Seminário Internacional "As minorias e o Direito". *Série Cadernos do CEJ*, nº24, p. 112.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina. 2007.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDONÇA, Luis Felipe Ferreira. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa - Conteúdo democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº15, p. 85. 1996.
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Seminário Internacional "As minorias e o direito". *Série de Cadernos do CEJ*, nº24.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002.