
Roberto Corrêa dos Anjos

Licenciado em Educação Física e Desportos (UFRJ) e Advogado (UCAM); Mestre em Ciências do Desporto e Educação Física (UERJ); Especialista em Direito Imobiliário; Diretor da Escola de Saúde e Educação e Coordenador de Graduação em Educação Física – Centro Universitário São José. Professor Assistente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

RESUMO:

O objetivo do presente estudo foi realizar uma revisão da literatura buscando diferenciar a igualdade formal da igualdade material, além de breve esboço histórico para desmistificar a falácia da igualdade inaugurada pelas revoluções liberais. A primeira questão a ser tratada, para que possamos entender o objetivo e os efeitos esperados pelo legislador ao idealizar o sistema de cotas raciais, refere-se à diferenciação entre a igualdade formal – perante à lei – e a igualdade material – na lei. A primeira é fruto do liberalismo inaugurado com as revoluções inglesa, francesa e americana, cujo objetivo, na verdade, foi diminuir o poder absoluto dos monarcas sem, no entanto, nunca pretender de fato uma igualdade entre todos. O que se propunha era um Estado inerte, que se omitisse perante a convulsão social. Com isso, sem a intervenção do poder estatal, os ricos ficaram cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres. A apregoada igualdade foi a mola para o aumento e sedimentação da desigualdade. Com o advento do Estado Social, em especial a partir das Constituições do México (1917) e Alemanha (1919), o conceito de igualdade começa a transmutar-se de formal para uma igualdade material. Nesta segunda dimensão, não se concebe mais um Estado que se restrinja a impedir o tratamento desigual. Faz-se imprescindível uma atuação positiva, comissiva, que intervenha todas as vezes que a desigualdade for flagrada. O Estado deixa de ser garantidor para passar a ser promotor da igualdade. É exatamente essa nova forma de entender o princípio da igualdade que faz nascerem e florescerem, pelo mundo afora, as ações afirmativas ou políticas de discriminação positiva.

Palavras-chave: Igualdade; políticas afirmativas; sistema de cotas raciais;

ABSTRACT:

The aim of this study was to conduct a literature review seeking to differentiate formal equality from material equality, in addition to a brief historical sketch to demystify the fallacy of equality inaugurated by liberal revolutions. The first issue to be addressed, so that we can understand the objective and effects expected by the legislator in idealizing the system of racial quotas, refers to the differentiation between formal equality – before the law – and material equality – in the law. The first is the fruit of liberalism inaugurated with the English, French and American revolutions, whose goal, in fact, was to diminish the absolute power of monarchs without, however, ever actually seeking equality between all. What was proposed was an inert state, which omitted itself in the face of social upheaval. With this, without the intervention of state power, the rich became richer and the poor became poorer and poorer. The touted equality was the spring for the increase and sedimentation of inequality. With the advent of the Social State, especially from the Constitutions of Mexico (1917) and Germany (1919), the concept of equality begins to transmute from formal to material equality. In this second dimension, no longer is conceived a State that restricts itself to preventing unequal treatment. It is essential to act positively, commissively, which intervenes every time inequality is caught. The state ceases to be guarantor to be a promoter of equality. It is exactly this new way of understanding the principle of equality that makes affirmative actions or policies of positive discrimination born and flourish around the world.

Keywords: Equality; affirmative policies; racial quota system;

INTRODUÇÃO

As revoluções liberais, inglesa, francesa e americana, inauguraram a nova lógica social mundial. Pautadas no princípio formal de igualdade objetivaram, em essência, a diminuição do poder do Estado em nome de uma política de mínima ou nenhuma intervenção nas coisas individuais. O papel do Estado limitava-se a impedir a discriminação e a desigualdade sem, no entanto, realizar qualquer ação na busca pela diminuição das discrepâncias sociais existentes. Sem intervenção do poder estatal, as classes dominantes enriquecem cada vez mais e, com isso, empurram para a miséria legiões de indivíduos. Os ricos cada vez mais ricos; os pobres cada vez mais pobres. O tão alardeado sonho de igualdade se tornou, perversamente, o maior instrumento de produção de desigualdades.

Com o nascimento do Estado Social, em especial a partir das Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), o poder estatal sai da inércia característica do liberalismo para ser tornar ente ativo, com atuação positiva no sentido, não só de garantir a igualdade mas também, e principalmente, de promovê-la. Não basta mais a igualdade de todos perante às leis. Faz-se necessário que as leis sejam elaboradas buscando alcançar a isonomia. Trata-se da igualdade material.

É nesta metamorfose do sentido de igualdade substancial, agasalhada em diversos dispositivos de nossa Constituição Cidadã de 1988, que se iniciam as ações afirmativas. Diversas leis são promulgadas com o caráter visivelmente de proteção às minorias, v.g. o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Maria da Penha dentre tantos outros.

A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Antes de adentrarmos ao estudo do princípio constitucional da igualdade, fonte basilar do fulcro do presente trabalho monográfico, faz-se necessário conceituarmos, ainda que de forma breve, o que a luz da ciência jurídica entendemos por princípios constitucionais. Para isso, primordial o entendimento da teoria do ordenamento jurídico, que sucedeu outras teorias juspositivistas, como a concepção coercitiva e a imperativista (BOBBIO, 2006, p.197).

A teoria do ordenamento jurídico, segundo Norberto Bobbio (2006, p. 198) baseia-se no pensamento kelsiano que “surge, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, da exigência de dar unidade a um conjunto de normas jurídicas fragmentárias [...]”.

Sob esta visão, o ordenamento jurídico representa um conjunto de normas que mantêm entre si uma liga inextricável, alicerçada no tripé unicidade, coerência e completitude. Assim, as normas que compõem o ordenamento não podem ser vistas de forma estanque, isoladas. Integram um sistema perfeito onde o todo representa muito mais do que a soma de suas partes. Essa a concepção de unicidade sistêmica.

É necessário, por óbvio, que o sistema além de se conceber único sob a ótica qualitativa, mantenha também coerência interna entre suas partes. Para tanto, imprescindível a existência de uma norma fundamental que garanta a unidade. Nas palavras de KELSEN,

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. (ROSA, 2002, p. 192)

Por fim, destaca-se a característica da completitude do sistema que se estabelece sob dois aspectos: o primeiro a limitar a ação do juiz no sentido de não lhe permitir criar o direito; o segundo, de garantir que nenhum conflito possa deixar de ser apreciado e resolvido pelo sistema jurídico.

A proibição da criação e da recusa do direito concilia uma e outra unicamente sob uma terceira hipótese, a saber, que a lei seja despojada de lacunas, despojada de contradições, clara, sem resíduos obscuros ou que, ao menos, com base numa lei com lacunas, contraditória ou não-clara possa ser obtida mediante meios puramente racionais uma sentença jurídica para cada questão jurídica. Este é o postulado ou a ficção (segundo se seja juspositivista ou antipositivista) da completitude se não da lei, ao menos do ordenamento jurídico. (BOBBIO, 2006, p. 207)

O ordenamento jurídico é um sistema complexo que, como vimos se constrói a partir de uma norma fundamental a qual, irradiando-se sobre as demais, concretiza a unicidade de todo o sistema. Assim, devemos admitir a existência de uma norma que se ponha hierarquicamente sobre as outras.

A norma fundamental, suprema, de um Estado democrático é a sua Constituição, tanto sob a perspectiva formal quanto, e principalmente, no que se refere à sua supremacia material.

Na visão de Barroso (2011, p. 103), o pensamento constitucional contemporâneo aponta para o que se convencionou denominar Constituição normativa, espelhada por uma tensão permanente entre a norma e a realidade social. Assim, ao mesmo tempo em que a norma fundamental goza de existência autônoma e própria, encontra-se condicionada pela conjuntura social e histórica na qual se insere.

Na mesma esteira José Afonso da Silva (2008, p. 39), que afirma não podermos considerar a Constituição de um Estado, em seu aspecto normativo, como norma pura, desvinculada da conjuntura social que lhe dá suporte valorativo e concreto.

E segue o ilustre doutrinador,

O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade.

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo. (SILVA, 2008, p. 39)

Nos informa J.J. Canotilho (ROSA, 2002, p. 193) que o sistema constitucional pode ser “um sistema normativo aberto de regras e princípios [...]”. Da assertiva do douto doutrinador lusitano, depreendemos, de logo, três questões que pedem análise mais pormenorizada.

A primeira, já tratada anteriormente, reforça a concepção de constituição como sistema normativo, ou seja, um conjunto de normas que, face sua supremacia, irá irradiar-se e dar unicidade, coerência e completitude a todo o ordenamento jurídico pátrio.

A segunda refere-se ao termo “*aberto*” que adjetiva o sistema normativo. Diz-se aberto, pois dinâmico, ou seja, na mesma linha do pensamento de Barroso e Silva supracitados, antenado com as mudanças sociais, o sistema normativo constitucional também transmuda-se, sem que com isso se imponha a necessidade de alterações substanciais em seu texto. Mantém sua força normativa e sua supremacia, mas acompanha a dialética das relações sociais.

O outro ponto a ressaltarmos, diz respeito à subdivisão do gênero “normas” em duas espécies: regras e princípios.

Ao verificarmos o significado semântico das palavras regras e princípios temos que, de acordo com o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, a primeira entende-se por “aquilo que regula, dirige, rege ou governa”. Já princípio significa “causa primária, origem”. Mas também encontraremos princípio como “preceito, regra”.

Essa sinonímia entre princípio e regra não satisfaz a maioria dos doutrinadores quando o enfoque ganha sentido jurídico.

De acordo com Canotilho, citado por ROSA (2002, p. 200), enquanto os princípios são normas com alto grau de abstração, as regras possuem relativa diminuição dessa abstração. Quanto à aplicabilidade, as regras são suscetíveis de aplicação direta, enquanto os princípios requerem exegeses mediadoras. No que se refere à natureza normogenética, os princípios servem de fundamentação das regras, nas palavras do já citado autor, têm “*função normogenética fundamentante*”.

Para Barroso (2011, p. 231), as regras se diferem dos princípios, pois, enquanto aquelas são aplicadas na modalidade do tudo ou nada, estes são dependentes das ponderações que devem ser procedidas pelo exegeta.

Por fim, porém não menos importante, os princípios como fundamento das regras, constituem-se como o amálgama de todo o sistema normativo.

Serge Atchabahian, citando Robert Alexy, afirma que,

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os “princípios” são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são “mandamentos de otimização”, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas.

Em câmbio, as “regras” são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. (2006, p. 42)

Concluindo esse primeiro tópico de nosso estudo, citamos as palavras do renomado jurista Miguel Reale.

[...] princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. (2012, p. 303)

Feita essa laminar distinção entre regras e princípios, iremos tratar destes, mais especificamente do princípio constitucional da igualdade, pois, como já mencionado, constitui o arcabouço sobre o qual se sedimentam as políticas de ações afirmativas.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de um Estado democrático é a norma suprema e originária que irá dar organicidade aos seus elementos essenciais, regulando sua forma de governo, exercício do poder, sua estrutura administrativa, disciplinando seus fins socioeconômicos, estabelecendo os direitos e garantias fundamentais do homem. “É um sistema de normas jurídicas que orienta a forma do Estado, o seu Governo e o exercício do poder, segundo uma conexão de sentido que envolve um conjunto de valores”. (ATCHABAHIAN, 2006, p. 37)

A norma fundamental, como já explicitado, nasce da materialização dos valores superiores de dada sociedade, vivenciados nas relações dialéticas entre seus indivíduos e grupos e se formaliza juridicamente para dar corpo, estrutura e funcionamento ao Estado. A materialização de tais valores se dá através da identificação de princípios que, muito antes de representarem normas positivadas, escritas ou não, representam os pilares sobre os quais se edificará todo o ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais configuram-se como eixos norteadores que irão dar identidade à sociedade política. Estão no topo do ordenamento jurídico brasileiro. Essa visão moderna se contrapõe

a concepção do Século XIX, quando os princípios existiam para preencher lacunas do ordenamento, ou seja, operando exclusivamente como fonte subsidiária do Direito.

Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. (BARROSO, 2011, p. 226)

É inconteste a natureza normativa dos princípios constitucionais que, além de corporificarem os valores eleitos pela sociedade, servem de pano de fundo para a elaboração de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, além de balizarem a hermenêutica jurídica. Assim, não pode haver norma que contrarie os princípios constitucionais, tampouco interpretações que os desconsiderem. “Em suma, os princípios constitucionais são estruturantes, fundamentais e traduzem sempre as decisões políticas da sociedade”. (ROSA, 2002, p. 199)

Ressalta-se que os mencionados princípios, que idealizam a norma capital, consagram valores que irão fundamentar todo o ordenamento jurídico, garantindo, dessa forma, a unicidade e harmonia de todo o sistema. Não são simples enunciados contemplativos. Exercem força normativa e imperativa que se impõe, não só sobre as demais normas que compõem o ordenamento, mas também sobre os próprios Poderes que integram o Estado.

Outro fato importante a considerarmos é que, como materialização axiológica dos valores superiores da sociedade, os princípios não se limitam àqueles explicitados no texto da norma. Há que se levar em conta, também, a existência de princípios implícitos que, embora não insculpidos na letra da lei, revelam seu caráter normativo. Apesar de certa dependência com a mediação do intérprete, os princípios implícitos são imanentes ao sistema normativo.

Na imensa maioria dos Estados ocidentais, como no caso do Brasil, os princípios estão expressos nos direitos fundamentais que compõem a Carta Política.

No processo de desenvolvimento das relações humanas surgiram manifestações que preludiavam o nascimento dos direitos fundamentais. “Cada passo na etapa da evolução da Humanização importa na conquista de novos direitos”. (SILVA, 2008, p. 149)

Nas sociedades antigas, os bens pertenciam a todos os cidadãos e, dessa forma, os interesses individuais coadunavam com os interesses coletivos.

No processo civilizacional, surge a figura da propriedade privada, concentrando nas mãos de poucos as riquezas e os meios de produção, criando uma hierarquização social que acarretou o surgimento de classes antagônicas de opressores e oprimidos.

O Estado surge como a estrutura política capaz de sustentar e sedimentar esse cenário de dominação. O homem, que outrora enfrentara as intempéries da natureza na busca pela sua subsistência, se vê obrigado, agora, a enfrentar, também, as opressões sociais geradas por esta nova forma de organização política, “e sua história não é senão a história das lutas para dela se libertar, e vai conseguindo as duras penas”, nas palavras de José Afonso da Silva (2008, p. 150).

Existem alguns precedentes às cartas e declarações de direitos que já anunciavam o surgimento dos direitos fundamentais do homem, v.g., o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, um precursor do *habeas corpus*, instituído pelo Direito Romano objetivando a proteção à liberdade. Mas é de fato na Idade Média que iremos encontrar os antecedentes mais importantes e diretos das declarações de direitos.

Na Inglaterra: a *Carta Magna* (1215), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688).

AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto, a cada etapa do processo de civilização e desenvolvimento social surgem novos direitos que vão sendo incorporados pelos ordenamentos jurídicos de cada Estado em particular e irradiando-se de forma avassaladora por todas as nações do globo, diante do fenômeno da globalização e da ampliação das relações internacionais.

Encontramos, na maior parte da doutrina, a classificação dos direitos fundamentais em “gerações”. Embora o termo seja muito utilizado e, de certa forma bastante aceito, a doutrina mais moderna tem preferido a utilização da expressão “dimensões dos direitos fundamentais” em substituição à “gerações de direitos fundamentais”.

Muito além da simples preferência semântica, a opção pela nomenclatura se justifica pelo fato de que, ao utilizarmos a terminologia gerações, podemos dar, erroneamente, a impressão de se tratarem de períodos que se sobrepõem uns aos outros, quanto na verdade, essas categorias de direitos nascem a partir de realidades histórico-sociais diferentes, porém, subsistem e coexistem, sem que uma supere a outra.

Assim, ao longo desse estudo, nos referiremos à esta classificação como “dimensões dos direitos fundamentais”.

Um breve esclarecimento: no Direito Constitucional pátrio, a nomenclatura mais aceita refere-se a Direitos Fundamentais, enquanto no Direito Internacional adota-se mais frequentemente a nomenclatura Direitos Humanos. Aqui, nos referiremos indiscriminadamente a uma ou outra.

a) Primeira Dimensão de Direitos Humanos – Liberdade

Os direitos da primeira dimensão, representados pelas responsabilidades civis e políticas estruturam a relação dos indivíduos com o Estado. Tendo origem a partir das revoluções inglesa, americana e francesa, nascem com a tomada do poder político (uma vez que já detinha o poder econômico) pela burguesia que se consolidou como classe social dominante, substituindo o monarca no papel de opressora. Exatamente por isso tais direitos coincidiram, pelo menos inicialmente, com os anseios dos setores mais populares da sociedade em sua luta contra os privilégios da nobreza.

Caracterizam os direitos de primeira dimensão:

- a) Constituem-se a partir do final do Século XVIII, tendo como referencial teórico, inicialmente, a Carta Magna de 1215, e as revoluções inglesa, americana e francesa com suas respectivas declarações de direitos.
- b) Defesa enérgica da liberdade Individual (direitos civis e políticos);
- c) Restrições para o Estado (obrigações negativas), estruturado como observador inerte e garantidor dos direitos individuais (liberdade, propriedade e segurança).
- d) Esfera jurídica impenetrável do indivíduo, mesmo para o Estado, v.g. direito de ir e vir; reunião; associação, imprensa (comunicação), opinião, propriedade, liberdade individual e econômica.

b) Segunda Dimensão de Direitos Humanos – Igualdade

A Revolução Industrial inglesa impõe profundas modificações na ordem social da época, influenciando todas as nações.

A necessidade de mão de obra em face do desenvolvimento das indústrias acarreta o êxodo do homem do campo para as cidades, aumentando sensivelmente a população urbana e trazendo consigo os problemas inerentes aos grandes centros, tais como, aumento da marginalidade, degradação das condições de vida, problemas de saúde pública etc.

As condições de trabalho se deterioram cada vez mais e os operários se veem obrigados a se sujeitar a tais condições, em face da abundante oferta de mão de obra.

As longas jornadas de trabalho, a falta de descanso e férias, os salários aviltantes e os constantes acidentes de trabalho criam a atmosfera favorável ao surgimento das organizações sindicais de defesa dos trabalhadores que passam a reivindicar novos direitos, exigindo do Estado que intervenha na conjuntura social a fim de perseguir a igualdade de fato.

Cai a máscara burguesa da propagada igualdade entre os homens que, como vivenciado, só tem lugar sobre a ótica formal, mas não se materializa no dia a dia do trabalhador.

É nesse contexto que eclodem os direitos de segunda dimensão.

Caracterizam os direitos de segunda dimensão:

- a) Surgem a partir da segunda metade do Século XIX, tendo referenciais a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), a Constituição Mexicana (1917), Constituição de Weimar (1919) e Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948);
- b) Busca pela igualdade material em substituição a igualdade meramente formal – Estado de Bem Estar Social ou Ruptura com os direitos individuais;
- c) Ampliação da atuação do papel do Estado (obrigações ou prestações positivas);
- d) Restrições às liberdades individuais em prol da coletividade – função social da propriedade, defesa do trabalhador assalariado, etc., p.ex. jornada máxima de trabalho, salário mínimo, proibição do trabalho infantil, proteção contra o trabalho insalubre, reforma agrária etc.

c) Terceira Dimensão de Direitos Humanos – Solidariedade

Representada pelos direitos de solidariedade, a terceira dimensão, corporificada pelo direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz e o reconhecimento de um patrimônio comum a toda humanidade, esses direitos têm como beneficiário todo o gênero humano.

Nas palavras de Pedro Lenza,

Marcados pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), as relações econômicas se alteram profundamente. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade. (2010, p. 740)

Caracterizam os direitos de terceira dimensão:

- a) Surgem a partir da segunda metade do Século XX.
- b) São representados pelos direitos difusos.
- c) Titularidade transindividual. Como exemplos: o direito ao meio ambiente saudável, direito do consumidor, patrimônio histórico, direito à paz.

d) Os Direitos de Quarta Dimensão – Bioética

Não é unânime o reconhecimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais pela doutrina. Encontramos em Norberto Bobbio (apud LENZA, 2010, p. 740), a afirmação de que, a referida dimensão (ou geração como prefere o doutrinador italiano) estaria ligada ao rápido avanço da engenharia genética e da necessidade de edificarem-se direitos fundamentais no entorno desse novo conhecimento que, nas palavras do citado autor poderiam “*colocar em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético.*”

PRINCÍPIO DA IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

A segunda dimensão dos direitos fundamentais inaugura, como visto, a busca pela transmutação da igualdade meramente formal para uma igualdade real, material. Esse será o foco de nosso estudo neste tópico.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito chave, o direito guardião do Estado social. (AT-CHABAHIAN, 2006, p. 78)

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2008) “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia” Opõe-se veementemente aos privilégios e distinções naturais e consagrados pelo sistema liberal. Exatamente por isso a burguesia, vitoriosa nas revoluções do Século XVIII, elegeu a liberdade e não a igualdade, como o princípio basilar do Estado, limitando-se ao reconhecimento da segunda em sua natureza jurídico-formal: todos os homens são iguais perante a lei. Aprofundemo-nos um pouco mais nessas duas categorias.

a) Princípio da Igualdade Formal

Buscando construir uma nova realidade política, negando e contrapondo-se às bases do *ancien regime*, extinguindo os privilégios da nobreza e da Igreja, a burguesia, que toma o poder a partir das revoluções liberais, tendo como aliadas as classes camponesas e as camadas menos favorecidas, consolidou a igualdade jurídica de todos os homens, afastando em definitivo qualquer possibilidade de distinções pautadas na linhagem, uma vez que seu único objetivo voltava-se para destruir as estruturas políticas que a subjulgava. Entretanto, notório o interesse da nova classe dominante em manter o *status quo* social conquistado, uma vez que, embora a lei promulgue a igualdade, esta jamais de fato se realizará, tendo em vista que o Estado se omite na implementação de políticas que promovam a igualdade material.

Bastava que a lei fosse igual para todos, ou igual para os iguais, sem adoção dos privilégios vigorantes no *ancien regime*, para que ficasse satisfeito o cânone da igualdade jurídica, cuja função, destarte, não era outra se não a de permitir que a liberdade capitalista pudesse operar como força motriz do desenvolvimento sócio-econômico, dando a cada um o que é seu, por direito de herança ou conquista. (CASTRO, 1983, p. 36)

Por essa razão sócio histórica o ideal de “*égalité*”, uma das bandeiras da revolução vitoriosa da França, jamais chegou a concretizar-se de fato, uma vez que colidia frontalmente com os reais interesses da burguesia.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas antecessoras se limitaram a positivar as obrigações negativas do Estado no que se refere à impossibilidade de ações de discriminação ou conceder privilégios. Constrói-se a partir da visão individualista que desconsidera o fato de que os homens só nascem e permanecem iguais nas letras românticas da lei ou das declarações de direitos. A igualdade formal é aquela que se encontra cunhada em quase todos os textos constitucionais e declarações de direitos. Estabelece a igualdade entre os homens perante a lei. Consiste, basicamente, no direito de todo cidadão de não receber tratamento desigual por aquele que aplica o direito. Em síntese, a igualdade perante a lei, ou seja, a igualdade meramente formal destina-se àquele que aplicará a lei ao caso concreto, vedando-lhe a possibilidade de dar tratamento desigual a situações

idênticas, mas também, atinge ao legislador que não deve distinguir, salvo nas situações previstas na Constituição.

Em síntese, a igualdade perante a lei jamais será capaz, por si só, de promover a igualdade real, material. É preciso que, complementarmente, vislumbremos a possibilidade da “igualdade na lei”.

b) Princípio da Igualdade Material

Já dissemos que a postura inerte do Estado, com base no princípio da liberdade individual, mola existencial do liberalismo, acaba por gerar mais desigualdade, uma vez que, a simples inserção do direito à igualdade na letra fria da lei, não garante a concretização dos objetivos voltados à justiça social.

Exige-se, sob a ótica moderna de Estado Social, uma postura ativa, dinâmica, positiva. O poder estatal deve interferir de forma a restringir os direitos individuais toda vez que esses colocarem em risco a materialização da igualdade entre os homens.

Assim, migramos do conceito de “*igualdade perante a lei*”, para um novo: a “*igualdade na lei*”.

Enquanto o primeiro se voltava, especialmente, para o aplicador do direito, impedindo-o que desse tratamento desigual às situações iguais, a igualdade na lei, que consubstancia a isonomia material, volta-se principalmente para o legislador que deverá garantir que a lei preveja as situações de desigualdade existentes e, com base na realidade constatada promova ações que visem atingir a igualdade de fato, ou pelos menos minimizar os efeitos da desigualdade.

Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da Igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações. (MELO, 2013, p. 9-10)

Tal postura justifica, inclusive, que o ordenamento jurídico estabeleça tratamento desigual, desde que o foco seja a obtenção de uma relação social mais humana e igualitária e que haja expressa autorização constitucional.

Nas palavras de Rui Barbosa, inspirado nas lições seculares de Aristóteles (apud, LENZA, 2010, p. 751), devemos “*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades*”.

Na mesma esteira Melo (MELO, 2013, p. 12) ao afirmar que “*o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais*”.

Como veremos no tópico a seguir, a Constituição Brasileira de 1988, tida como a “Constituição Cidadã”, abraçou a tese da igualdade que, muito além do formalismo legal, possa de fato se materializar através de ações afirmativas, de uma intervenção positiva do Estado, imprescindíveis, principalmente, em um país tão marcado pelas desigualdades sociais.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Diante do exposto até o momento, podemos afirmar que a igualdade propugnada pelas revoluções liberais se limitava ao caráter meramente formal, instituindo a denominada *igualdade perante a lei*. Tal natureza impunha ao Estado o papel de garantidor dos direitos individuais, em especial a liberdade, a segurança e a propriedade. Com essa configuração, as normas estabeleciam a simples obrigação negativa de não discriminar. Assim sendo, igualdade teria como antonímia não discriminar,

logo, uma ação de cunho negativo – não fazer.

Com as revoluções sociais e a conseqüente busca pela igualdade substancial, o Estado se reconfigura e passa, a partir de então, a regular mais diretamente as relações, as instituições e os processos sociais. Tal regulação se faz, em especial, através da legislação, seja esta constitucional ou infraconstitucional – *igualdade na lei*.

É preciso ressaltar, no entanto, que a legislação, por si só, não tem o condão de mudar o *status quo* marcado pelas desigualdades, mas constitui a pedra fundamental para a implementação de ações políticas de enfrentamento e superação destas desigualdades por meio da materialização dos direitos ditos fundamentais.

O antônimo de igualdade que, como visto, consubstanciava uma obrigação de não fazer, agora, em face da nova ordem social, alicerça uma ação positiva: promover a igualdade. Para tanto, não basta mais garantir que não haja discriminação. Torna-se imprescindível usar todo o aparato legal e executivo do Estado para combater, de fato, a desigualdade.

Não é objetivo do presente estudo monográfico realizar uma análise histórica do princípio da igualdade ao longo das diversas constituições promulgadas no Brasil. Limitamo-nos, no entanto, a afirmar, com apoio em Silva (SILVA, 2008, p. 170), que o princípio da igualdade sempre figurou nas Cartas brasileiras. De acordo com o renomado constitucionalista, a Constituição do Império, de 1831, foi a primeira no mundo a “subjeter e positivar os direitos do homem”. A Constituição de 1891 continha diversos artigos tratando da temática dos direitos e garantias fundamentais, ainda que se limitasse a tratar, exclusivamente, dos denominados direitos e garantias individuais, nas ondas das revoluções liberais-burguesas.

A Constituição de 88, que será objeto de análise mais criteriosa, com configuração voltada para a conformação do Estado Social, buscou edificar as bases da igualdade material, atribuindo-lhe dois conceitos que não se confundem: vedação à discriminação e promoção da igualdade (JUNIOR, 2002, p. 169).

A Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 2014) se estabeleceu como marco histórico em nosso país. Reconhecida como a “Constituição Cidadã”, sedimentou a ruptura com o regime anterior, autoritário e repressivo, inaugurando a nova era de direito e democracia. Paralelo a tal ruptura, inicia também uma marcha de transformação que parte do liberalismo desenfreado para atingir, ou pelo menos perseguir, a concretização de ideais sociais igualitários.

No seu bojo, começa a deslocar a estrutura de nossa sociedade, outrora marcantemente voltada para os interesses das minorias dominantes, para uma nova organização que, mantendo o espírito liberal da livre iniciativa, passa a ter como fulcro o princípio da dignidade humana. Tudo a partir daí deve, obrigatoriamente, amalgamar-se com o respeito à pessoa humana, à individualidade, à liberdade, à privacidade, em síntese, com o respeito à diversidade e o espancamento a qualquer tipo de discriminação.

Dispõe em seu artigo 5º, *caput*:

Artigo 5º. 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. (BRASIL, 2014, p. 8) (o grigo é nosso)

Ora, a tarefa que urge deprendermos a partir daqui é identificarmos de que maneira o princípio normativo da igualdade, insculpido no Artigo 5º supratranscrito, ganha contornos de materialidade, afastando-se da simples isonomia perante a lei. Para tal, será preciso realizar uma interpretação

teleológica da Carta Capital e sistêmica, considerando-se outros diplomas de nosso ordenamento jurídico.

De acordo com Junior (2002, p. 184), encontramos o princípio da igualdade, considerando-se sua natureza positiva, em três tipos de normas constitucionais: “a primeira, de teor rigorosamente igualitarista [...] atribui ao Estado o dever de abolir a marginalização e as desigualdades [...]”. É o que identificamos, e.g., no Artigo 3º, III: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. (BRASIL, 2014, p. 7)

Em um segundo plano, as normas que fixam as ações positivas em defesa dos segmentos sociais desfavorecidos, p.ex., no Artigo 3º, IV, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL, 2014, p. 7)

Derradeiramente, as normas que autorizam a discriminação positiva, ou seja, que permitem o estabelecimento de tratamento desigual em busca da real igualdade. Temos como exemplo desta espécie de normas a prevista no Artigo 37, VIII da Carta Política:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; (BRASIL, 2014, p. 23-24)

Note-se que essa terceira espécie de norma inaugura uma nova visão sobre o princípio constitucional da igualdade. Ao contrário do que poderíamos entender partindo de uma interpretação gramatical do próprio texto da Lei Maior – *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ou homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações* – em verdade, a própria Constituição prevê a possibilidade de tratamentos desiguais “*na lei*”. Além do exemplo acima, citamos:

Artigo 7º, XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Artigo 150, § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]

Artigo 203, V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 2014, p. 12;68)

E, somente à guisa de exemplos de discriminações positivas encontradas nas normas infraconstitucionais, mencionamos:

- a. Garantia aos idosos de prioridade de tramitação em processos judiciais (Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso, Artigo 71);
- b. Condições especiais de movimentação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), previstas no Artigo 20 na Lei nº 8.036/1990:

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; (BRASIL, CONGRESSO NACIONAL., 2014, p. 1469)

- c. Lei de Cotas do Estado do Rio de Janeiro (Lei 5346/2008):

Artigo 1º Fica instituído, por dez anos, o sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais, adotado com a finalidade de assegurar seleção e classifi-

cação final nos exames vestibulares aos seguintes estudantes, desde que carentes:

- I - negros;
- II - indígenas;
- III - alunos da rede pública de ensino;
- IV - pessoas portadoras de deficiência, nos termos da legislação em vigor;
- V - filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço. (RIO DE JANEIRO, ALERJ)

Percebe-se, a partir dos exemplos acima citados, que o ordenamento jurídico brasileiro, capitaneado pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, foi muito além do que simplesmente vedar a discriminação. Na verdade, autoriza, ou mais ousadamente ainda, impõe ao legislador pátrio a obrigação de, como nos dizeres do “Águia de Haia”, *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades*.

A nota característica da promoção da igualdade, que se projeta em todo o texto constitucional vigente, distingui-se, portanto, por um comportamento ativo do Estado, em termos de traduzir a igualdade formal em igualdade de oportunidade e tratamento, o que é, insistimos, qualitativamente diferente da confortável postura de não-discriminar”. (JUNIOR, 2002, p. 187)

Concluindo, resta evidenciado que a Constituição Cidadã e as normas infraconstitucionais que com ela compõem o ordenamento jurídico brasileiro instituíram o que podemos denominar “ações afirmativas” (em contraponto a postura de obrigações negativas do Estado liberal-burguês), ou, como preferem alguns autores, “discriminação positiva”, alargando sobremaneira o conceito de isonomia, evoluindo da igualdade formal (perante a lei) para a igualdade material (na lei).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Resta claro, por todo o exposto, que o caminho para a edificação de uma sociedade mais justa, humana e igualitária passa, necessariamente, por uma mudança de postura do Estado, assumindo seu papel em combater qualquer discriminação, mas, muito mais importante do que isso, no sentido de dar maior eficácia ao princípio material de igualdade insculpido em nossa Carta Maior.

Mas como o Estado pode intervir positivamente na promoção de políticas que apontem para a diminuição das desigualdades sem ferir princípios constitucionais e criar novas formas de desigualdades?

Para respondermos esse questionamento, é preciso que tenhamos sempre em vista os ensinamentos do estagirita, tão bem aproveitados e ampliados por Rui Barbosa: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Além disso, as ações deverão sempre estar pautadas no mais nobre de todos os princípios constitucionais: o da dignidade humana. Tendo estes dois parâmetros como norte, justificar-se-ão as medidas de “discriminação positiva”.

Inserem-se em nossa atual Constituição inúmeros dispositivos que deixam clara a necessidade de darmos tratamentos diferenciados aos diversos grupos, em especial àqueles que compõem as minorias. Notem que o termo “minorias” aqui empregado se refere muito mais a incapacidade desses grupos de influenciarem às políticas nacionais e de lhes serem garantido menores direitos do que propriamente ao quantitativo de indivíduos que os compõem, pois, muitas vezes, sob este último aspecto, configuram maiorias esmagadoras, v.g. quando comparamos a diferença no número de indivíduos ricos e pobres em nossa sociedade.

Como exemplos de tais dispositivos podemos citar o previsto no Artigo 40, § 1º, III, “a” e “b” que diferencia a idade e o tempo de contribuição para fins de aposentadoria entre homens e mulheres e o

previsto no Artigo 37, VIII, que determina a reserva de percentuais de cargos de emprego público para deficientes físicos, ambos da Constituição Federal, além de diversas leis infraconstitucionais como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Maria da Penha etc.

Percebe-se, assim, que se tornou necessário, objetivando dar condições de igualdade aos grupos minoritários, instituir políticas de favorecimentos a esses grupos em detrimento de outros. A essas ações convencionou-se chamar “políticas afirmativas”.

Políticas afirmativas são, portanto, políticas públicas e/ou privadas que visam concretizar o princípio constitucional da igualdade sob a perspectiva material. Transcendem a ideia de simples proibição da discriminação passando a exercer importante papel, positivamente, na extinção, ou mais realisticamente, na diminuição das desigualdades.

Nas palavras de Joaquim Barbosa Gomes, segundo Atchabahian,

Ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. (2006, p. 140-141)

É importante ressaltarmos que, o que justifica a implementação de uma política afirmativa é a prévia existência, em caráter inquestionável, de uma desigualdade histórica, o que identificamos facilmente quando analisamos, e.g., o tratamento diferenciado dado pela sociedade brasileira à homens e mulheres (discriminação de gêneros) e à brancos e os afrodescendentes (discriminação de cor de pele).

Embora não seja nosso objetivo realizar um estudo comparado sobre o tema, somente para nos localizarmos temporal e geograficamente, a expressão “ações afirmativas” foi utilizada pela primeira vez em 1965, em uma ordem executiva norte-americana que obrigava as empreiteiras a contratarem indivíduos de grupos minoritários visando diminuir as desigualdades sociais entre estes e os demais grupos da sociedade yankee.

Em síntese, a Constituição Cidadã passa a prever explícita e implicitamente a necessidade de implementação de políticas que, ainda que visivelmente discriminatórias, visam a ruptura com o paradigma atual, construído ao longo da história da sociedade brasileira, tão machista, preconceituosa e economicamente desigual. Aliás, é exatamente essa formação histórica de nossa sociedade que irá justificar, mais que isso, clamar por ações positivas que acelerem a inversão do processo de exclusão, objetivando criar um equilíbrio entre as oportunidades oferecidas aos diferentes grupos.

Natural que os grupos dominantes que ao longo da história detiveram (e ainda detém) o poder e os privilégios políticos, econômicos e sociais se arvorem no discurso de contrataque, na tentativa de reforçar a ideia liberal de igualdade perante a lei. Esperneiam e estigmatizam de preconceituosas e discriminadoras as ações de distribuição de renda, de cotas em concursos públicos e ingresso nas universidades, de criação de subsídios para as parcelas mais pobres da sociedade. Escondem neste discurso, no entanto, que foram exatamente as ações discriminadoras, excludentes e preconceituosas que geraram a marcante desigualdade social no Brasil.

Não fossem as políticas afirmativas, que invertem claramente a lógica da discriminação, o status quo social, marcado por tamanhas injustiças, não se modificaria, ao menos na velocidade que se faz necessária.

As políticas afirmativas – ou como na Europa “discriminação positiva” – são de fato incontestavelmente discriminantes, uma vez que claramente estabelecem privilégios de grupos em detrimento de outros. Mas é essa uma forma eficiente de combater a discriminação velada, vil e torpe que lançou na miséria e na marginalização as minorias. Por isso “discriminação positiva”.

Não há como negar o tratamento diferenciado dado às mulheres em nossa sociedade machista, assim como é ingênua a afirmação de que no Brasil não há discriminação racial (preferimos a expressão “cor da pele”), somente social. Basta ver a diferença salarial entre homens e mulheres que ocupam os mesmos cargos, entre brancos e negros, a diferença na quantidade de jovens universitários quanto a cor da pele, a constituição étnica das populações que vivem nas comunidades carentes e das populações carcerárias, o número de afrodescendentes que compõem as altas cúpulas do país, em todas as suas dimensões, a quantidade de mulheres e negros ocupando os altos cargos executivos, dentre tantos outros indicativos para facilmente percebemos que é no mínimo jocosa a afirmação de que no Brasil não existe preconceito ou discriminação.

Nos tópicos subseqüentes iremos aprofundar algumas dessas questões.

CONCEPÇÕES DE DESIGUALDADES

Destacaremos dois grupos minoritários que compõem a sociedade brasileira a fim de realizarmos uma breve análise de como a desigualdade se constitui, vezes de forma mais aparente, outras de forma mais velada. Lançaremos nossos olhares para a discriminação de gênero e para a discriminação da cor da pele, por acreditarmos serem esses grupos os mais discriminados no Brasil.

a) Desigualdade de Gênero

A população de mulheres, no Brasil, superou a de homens em quase 4 milhões, segundo dados do Censo Demográfico 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A relação entre os gêneros, segundo o estudo, é de 96 homens para cada 100 mulheres.

Embora reconheçamos que ao longo dos últimos anos as mulheres tenham conquistado direitos, entre os quais a licença maternidade e a licença para aleitamento e que tenham ampliado sua participação na população economicamente ativa, que passou de 44,4%, em 2003, para 46,1%, em 2011 com a diminuição do trabalho doméstico de 16,7% para 14,5% no mesmo período, segundo IBGE, é forçoso concluirmos que ainda enfrentam diversos preconceitos.

No que se refere à liderança, as mulheres ainda representam apenas 27% das chefias.

Quando analisamos as diferenças salariais entre homens e mulheres, considerando a ocupação de cargos iguais, dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2012 (Pnad) mostram que os homens ganham mais do que as mulheres. O mais preocupante, no entanto, é que a pesquisa identifica um crescimento nesta diferença após dez anos em declínio. O rendimento médio mensal das mulheres, em 2004, era equivalente a 63,6% comparado ao dos homens. Subiu em 2011 para 73,7%. Já em 2012 caiu para 72,9%.

Quando comparamos esses dados com os referentes à formação educacional, o preconceito e a discriminação se revelam ainda mais significativos.

As mulheres permanecem mais tempo nas escolas. No caso do Ensino Médio a população feminina é 15% maior do que a masculina. No Ensino Superior a diferença aumenta para 36%. Mais de 8 milhões de brasileiras estudaram mais de 15 anos contra 6 milhões de homens. A quantidade de analfabetos é maior entre os homens: 9,2 milhões de não alfabetizados contra 8,9 das mulheres.

Constata-se assim que, embora com maior escolaridade, a mulher ainda permanece em patamar bem inferior, tanto no que se refere à ocupação de cargos de liderança quanto aos salários percebidos quando ocupados cargos equiparados aos dos homens.

É óbvio que isso é um resquício da histórica atribuição de dona de casa e mãe (sob o aspecto de perpetuação) que se destinou à mulher brasileira. Mas também é óbvio que medidas de inversão dessa lógica devem ser foco de uma política nacional que vise a diminuição das desigualdades entre

os gêneros, materializando o previsto no artigo 5º, I de nossa Constituição; homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações...

Para Atchabahian,

É norma norteadora que não mais admite seja a mulher subjugada ou em algum aspecto considerada inferior ao homem, seja na relação intelectual, profissional, conjugal ou outra qualquer. (2006, p. 114) Desapareceu a antiga figura do “cabeça do casal”, papel exercido pelo homem, configurando-se a nova ordem onde os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (Artigo 226, § 5º, CRFB).

b) Desigualdade de Cor da Pele

A população negra aumentou em quatro milhões, indo de 10.554.336 em 2000 para 14.517.961. Já a parda aumentou em 16,9 milhões: foi de 65.318.092 para 82.277.333, somando assim uma população de 96.795.294 afrodescendentes (IBGE-2010).

De acordo com a mesma pesquisa do IBGE, a população brasileira atingiu o número de 190.749.191. Assim, a população de afrodescendente corresponde a 50,74% da população brasileira.

Quando analisamos dados mais específicos, a pesquisa nos mostra que a população de pele branca ocupa a maioria dos bancos escolares no Ensino Superior no país. Ao verificarmos os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) feita pelo IBGE, percebemos que apesar do aumento de 27% para 51% a frequência de estudantes entre 18 e 24 anos no ensino superior, tal aumento não se deu de forma igualitária quando comparamos populações segundo a cor da pele. De acordo com a pesquisa, o percentual de negros no ensino superior passou de 10,2% em 2001 para 35,8% em 2011. A nosso ver, existe uma clara e lógica relação desde aumento com a implementação das políticas de cotas raciais para ingresso nas universidades, o que seja alvo de um capítulo específico, constituindo-se esse tema como o fulcro deste trabalho monográfico.

No entanto, a desigualdade permaneceu relevante, uma vez que o número de brancos entre 18 e 24 anos que estão na universidade atinge 65,7% do total.

Também foram identificadas significativas diferenças nas taxas de analfabetismo. Comparando-se as taxas de acordo com a cor da pele, entre os brancos o índice é de 5,9%. Já entre afrodescendentes a taxa sobe 14,4%.

Analisando dados referentes ao mundo social do trabalho, os negros recebem salários muito menores quando comparados aos recebidos pela população de cor de pele branca. Embora a desigualdade salarial entre brancos e negros no país e a inserção da população negra no mercado de trabalho venham melhorando nos últimos anos, no Brasil ainda estamos muito longe de considerarmos justas e igualitárias as oportunidades e o tratamento destinado aos grupos minoritários. Desde 2004, o rendimento médio real dos afrodescendentes passou de R\$ 607 para R\$ 788 (crescimento de 29,8%), ao passo que o dos brancos variou de R\$ 1.143 para R\$ 1.352 (aumento de 18,3%). Nota-se que o rendimento do primeiro grupo corresponde à 58,28% do segundo.

Existe uma clara relação entre esses dados e os anteriormente apresentados com relação a população universitária brasileira. Quanto mais anos de escolaridade melhores são as oportunidades de alocação no mundo do trabalho, embora essa lógica não seja de todo verdadeira quando comparamos homens e mulheres, como demonstrado anteriormente.

Assim, se aumenta a população afrodescendente nas universidades, é natural esperarmos uma diminuição na diferença entre os salários percebidos por brancos e negros, aliás, é o que vem ocorrendo desde 2004, segundo os dados do IBGE.

O que a sociedade brasileira precisa admitir é que tais desigualdades, como já dito, fruto de uma exclusão histórica, é real e precisa ser positivamente combatida.

Não há mais espaço para os discursos nebulosos que buscam varrer para debaixo do tapete a dívida histórica que o Estado brasileiro tem com os grupos minoritários, em especial os dois aqui brevemente analisados.

É preciso que a sociedade como um todo assuma seu papel na construção de uma nação mais humana, mais solidária, mais justa, ainda que para isso tenha que fazer uso temporariamente de ferramentas reconhecidamente discriminadoras.

Essa é a lógica que justifica a implementação das políticas afirmativas.

CORRELAÇÃO LÓGICA ENTRE FATOR DE DESIGUALDADE E AÇÃO AFIRMATIVA

Para que uma ação de política afirmativa possa ser entendida como constitucional, ou seja, para que não se revele como discriminação negativa e desarrazoada, fugindo de seu objetivo ligado ao combate à desigualdade, faz-se imprescindível uma relação íntima entre o fator que gera a desigualdade e a ação afirmativa eleita para dela tratar.

Em outras palavras, é preciso verificarmos se há uma justificativa racional para a implementação de dada ação considerando-se a relação desigual que se pretende atacar.

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. (MELO, 2013, p. 38)

Desta forma, se a ação afirmativa adotada não guardar direta relação com o fator de discriminação, estaremos diante de uma agressão ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que, a lei não pode dar a ninguém tratamento diferenciado salvo, exatamente, com clara previsão em princípios que norteiam o nosso ordenamento, em especial o da igualdade material. A própria Constituição que veda o tratamento desigual perante a lei, em diversas passagens irá autorizá-lo, desde que em prol da concretização dos princípios maiores da dignidade humana e da igualdade.

Exemplifiquemos.

Suponhamos que, em dada empresa, seja permitido aos homens de cor negra, uma falta por mês para que possam assistir ao jogo de futebol do time de sua preferência. Tal norma se configura flagrantemente inconstitucional, uma vez que não há uma relação lógica entre fator de desigualdade eleito (cor da pele) e o efeito que se quer causar (assistir ao jogo). Embora, reconhecidamente a cor da pele seja um fator de discriminação, isso, por si só, não justifica toda e qualquer ação que estabeleça privilégios para o grupo minoritário. Se o efeito atingido pela norma não se justifica sob a ótica do princípio constitucional da isonomia por não guardar uma relação lógica com o fator de discriminação, estaremos diante de uma norma viciada. “A discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão que lhe serviu de supedâneo”. (MELO, 2013, p. 39)

Destarte, a norma que estabelece a política afirmativa deve se concentrar no efeito pretendido, que sempre será o de combate à desigualdade e à exclusão. Para isso é mister identificarmos os grupos excluídos e quais as características deste grupo (fator de discriminação) levaram-no historicamente a sofrer os preconceitos e a marginalização. Só assim, a norma que desigualará será tida como isonômica.

OS VALORES CONSTITUCIONAIS COMO JUSTIFICADORES DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

Apresentamos de forma resumida os valores constitucionais que norteiam a implementação de políticas afirmativas.

O primeiro deles se refere ao princípio da dignidade humana. É inadmissível que, em nome da manutenção dos privilégios de uma oligarquia que se construiu ao longo da história de nosso país, possamos aceitar a realidade degradante que certos grupos minoritários enfrentam. Faz-se necessário que o Estado e a sociedade como um todo assumam as suas responsabilidades perante os fatos ocorridos ao longo da construção da sociedade brasileira e admita, sem meias palavras, que muitos erros foram e são cometidos e que é preciso investirmos em políticas que de fato e de direito apostem na diminuição das desigualdades.

O segundo se refere a isonomia propriamente dita. Sempre que a igualdade for vista como mero mecanismo para a manutenção do status quo dever ser subvertida. A igualdade deve se configurar como uma ação concreta e não como um princípio que só se apresenta no papel. As políticas afirmativas invertem essa lógica. Discriminam positivamente para mitigar os efeitos da discriminação engendrada pela burguesia que não quer abrir mão de seus privilégios. É o Estado Liberal que começa a dar espaço para o Estado Social, no entendimento que a omissão dos governos foi a responsável pela opressão e proliferação das desigualdades. É tempo de ruptura com este vetusto paradigma, sob pena de afastarmos cada vez mais os homens de seus traços de humanidade.

A discriminação positiva não pode servir para justificar o privilégio de um único indivíduo, tampouco se dar de forma absoluta e definitiva. As ações afirmativas devem ter sempre natureza temporária, pois, uma vez atingidos os objetivos de construir oportunidades iguais para todos já não se farão mais necessárias, uma vez que os grupos minoritários já não mais serão minoritários.

Como tratado no subitem anterior, deverá existir, obrigatoriamente, uma correlação lógica entre o fator de discriminação e os efeitos que a norma jurídica pretende atingir, sob o risco de, ao não atentarmos para tal relação, estarmos ferindo de morte o princípio da isonomia, exatamente aquele que perseguíamos.

E que, por fim, todas as ações se pautem nos interesses constitucionais, uma vez que estarão em voga princípios muito caros à sociedade, principalmente a nossa, tão jovem e inexperiente no que se refere a viver em um Estado Democrático de Direitos.

CONCLUSÃO

Ao longo deste breve estudo, vimos que não é sem muita polêmica e divergências doutrinárias e jurisprudenciais que essa nova forma de interpretar a Constituição, a luz do princípio material da igualdade vem se sedimentando. Não era de se esperar, por natural, que a classe dominante abrisse mão, sem resistências, de seus privilégios para, sob uma ótica mais humana e solidária, permitir a distribuição igualitária de oportunidades e a destinação isonômica de tratamentos, principalmente porque, para isso, se vê impelida a ser positivamente discriminada, em detrimento das minorias desfavorecidas, nesse país continental ainda tão marcado pelas desigualdades sociais.

A visão liberal de igualdade, calcada na ótica meramente formal e instituindo a isonomia perante à lei, acabou por gerar ainda mais desigualdades, uma vez que se sedimentou em bases sociais desiguais e excludentes.

A burguesia, ao assumir o poder político uma vez que já detinha o domínio econômico, investiu na construção de um Estado omissivo cujas ações se resumiam a lidar com as desigualdades de forma

negativa. Assim, afastava-se a possibilidade de a lei tratar os cidadãos de forma desigual sem, contudo, intervir na solução das relações entre os diferentes grupos sociais excluídos (mulheres, negros, pobres etc.).

A postura do Estado Liberal é a de nenhuma intervenção ou a menor intervenção possível, uma vez que, em alguns momentos, age para reforçar o *status quo*.

De Estado omissivo, pautado em ações meramente negativas, vemos eclodir o Estado Social, cujas ações positivas se voltam para a tentativa de diminuir as desigualdades. As leis são editadas com base no princípio material de igualdade que considera que devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades.

É sob essa atmosfera que surgem as chamadas “ações afirmativas”.

REFERÊNCIAS

- ALENCASTRO, L. F. Parecer sobre a ADPF/186, Apresentada ao STF, 2010. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300915614_ARQUIVO_parecerSTFalencastro.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2014.
- ATCHABAHIAN, S. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. 2. ed. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- BARROSO, L. R. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BEZERRA, T. O. C.; GURGEL, C. R. M. A política pública de cotas na UERJ: desempenho e inclusão, 2012. Disponível em: <<file:///C:/Users/ROBERTO/Dropbox/C%20DIDO%20MENDES/UCAM%20-%202014/MONOGRAFIA/ UERJ%20EM%20QUEST%20C3%83O.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014.
- BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico**. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 17ª. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.
- BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. **Lei 8.036 de 11 de Maio de 1990**. 17ª. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.
- CASTRO, C. R. D. S. **O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional**. São Paulo: Forense, 1983.
- CAZELLA, B. B. B. O Sistema de Cotas Raciais para Negros nas Universidades Públicas Brasileiras. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, p. 373-392, Jul/Dez 2012.
- FERREIRA, A. B. D. H. **Mini Aurélio**. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.
- HALBRITTER, L. D. O. L. O Sistema de Cotas Raciais como Ação Afirmativa no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 104-123, Jul/Set 2005.
- JUNIOR, H. S. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São PaAulo, JAN/MAR 2002. 168-191.
- LENIN, V. I. **Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado**. Moscou: [s.n.]. 1918.
- LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. Londres: [s.n.]. 1848.
- MEIRA, A. V. C. O Princípio da Igualdade e as Cotas Raciais no Brasil. **ALETES: Periódico Científico dos Graduados em Direito - UFJF - nº 3 - Ano 2**, Juiz de Fora, Nov/Mai 2011. 11-28.

- MELO, C. A. B. D. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RIO DE JANEIRO, ALERJ. Lei 3.524 de 11 de Dezembro de 2000, 2000. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 15 Fev. 2014.
- RIO DE JANEIRO, ALERJ. Lei 4.151 de 4 de Setembro de 2003, 2003. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 15 Fev. 2014.
- RIO DE JANEIRO, ALERJ. Lei 5.346 de 11 de Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 20 Nov. 2014.
- RONALDO FRANÇA. Veja On Line. **Geral Educação**, 2003. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/260203/p_070.html>. Acesso em: 10 mar. 2014.
- ROSA, M. F. E. Princípios Constitucionais na Concepção Sistêmica do Ordenamento Jurídico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ABR/MAI 2002. 189-208.
- SANTOS, J. P. D. F. **Ações Afirmativas e Igualdade Racial**. São Paulo: Loyola, 2005.
- SILVA, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional - ADPF/186, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 20 mar. 2014.
- TJRJ. Representação por Inconstitucionalidade em Face da Lei 5,342/2008 - Processo N.º 2009.007.00009, 2009. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900700009>>. Acesso em: 10 mar. 2014.