

Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR

Maurício Pereira da Silva

**O ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO POR
CRITÉRIO RACIAL**

Um Estudo sobre Ação Afirmativa, Justiça, Igualdade e Mérito
no Direito Brasileiro

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CURSO DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social

Curitiba, Agosto de 2003

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Maurício Pereira da Silva

O ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO POR CRITÉRIO RACIAL

**Um Estudo sobre Ação Afirmativa, Justiça, Igualdade e
Mérito no Direito Brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Alvacir Alfredo Nicz

Curitiba

Agosto de 2003

Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR

Maurício Pereira da Silva

O ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO POR CRITÉRIO RACIAL

**Um Estudo sobre Ação Afirmativa, Justiça, Igualdade e
Mérito no Direito Brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito. Aprovada pela Banca Examinadora abaixo assinada.

Professor Doutor Alvacir Alfredo Nicz
Orientador

Professor Doutor Luiz Afonso Heck
Membro da Banca

Professor Doutor Néfi Cordeiro
Membro da Banca

Curitiba, 26 de setembro de 2003

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Maurício Pereira da Silva

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, em 1985. Especialista (Direito Público) pela Universidade Federal do Paraná (1989). Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Membro da Comissão de Concursos da PGE-PR. Chefe da Procuradoria Trabalhista e Previdenciária da PGE-PR

Ficha Catalográfica

Silva, Maurício Pereira da

S586a O acesso ao serviço público por critério racial : um estudo sobre ação afirmativa, justiça, igualdade e mérito no direito brasileiro / Maurício Pereira da Silva ; orientador, Alvacir Alfredo Nicz – 2003.

209 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2003

Inclui bibliografias

1. Direito constitucional. 2. Justiça. 3. Igualdade perante a lei. 4. Discriminação racial. 5. Programas de ação afirmativa. I. Nicz, Alvacir Alfredo. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social. III. Título.

Dóris – 4. ed. 341.2

Resumo

Silva, Maurício Pereira da; Nicz, Alvacir Alfredo. **O Acesso ao Serviço Público por Critério Racial - um estudo sobre Ação Afirmativa, Justiça, Igualdade e Mérito no Direito Brasileiro**. Curitiba, 2003. 185p. Dissertação de mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e sociais, Departamento de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Ações afirmativas são um dos meios adotados pelo Direito contemporâneo para a redução de desigualdades sociais reputadas injustas, como meio de alcançar os objetivos estabelecidos pela Constituição para a República, de redução das desigualdades sociais, de construção de uma sociedade justa, livre e solidária e sem discriminação. No presente estudo, propõe-se um exame do fundamento constitucional possível para as ações afirmativas no Direito Brasileiro, sobre os princípios de Justiça, de Igualdade (de Direito e de Fato), e da Solidariedade, que inspiraram o constituinte de 1988, a partir do reconhecimento da existência de preconceito racial no país, particularmente em face da chamada *discriminação de resultados*. Adota-se como base atos normativos já editados em diversas esferas e projetos de lei em discussão no Congresso Nacional, no sentido da fixação de critério racial para o ingresso no serviço público, seja através do modelo de *cotas* para afro–descendentes, nos concursos e demais meios de seleção, seja através da fixação de *metas*. Ao cabo será possível extrair alguma contribuição para o debate público que se instaurou na sociedade e nos meios jurídicos do país sobre o tema.

Palavras–chave

Direito Constitucional; Discriminação Racial; Ação Afirmativa; Justiça; Igualdade – Redução das Desigualdades Sociais; Solidariedade; Mérito; Acesso ao Serviço Público por critério racial – cotas e metas; Princípio da Proporcionalidade.

Abstract

Silva, Maurício Pereira da; Nicz, Alvacir Alfredo (Advisor). **The Access to Public Service by the racial criterion – a study about Affirmative Action, Justice, Equality and Worthiness in Brazilian Law**. Curitiba, 2003. 190 p. MSc. Dissertation – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Curso de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Affirmative actions are ways adopted by the modern Law trying to reduce social inequality seen as unfair, as the manner to get the objectives written in the Constitution to the Republic, to construct a righteous society, free and solidary, without discrimination. In this study, it is proposed an analysis of the possible constitutional argument to the affirmative actions in Brazilian Law, about the principles of Justice, Equality (in law and in fact), and about the solidarity that inspired the constituent of 1988, beginning by the recognition of the existence of the racial prejudice in the country, particularly the “result discrimination”. It was adopted like basis, normative acts already edited in several circles of discussion and projects of law in National Congress, that have as its objective, the racial criterion like a manner to ingress in public service. It would be done through the model of quotes to afro–brazilian people, in the proofs or other ways of selection, or through the fixation of goals. At least, it will be possible to give some contribution for the current discussion about this theme that has been occurring in the society, more specifically in the legal circles of the country.

Keywords

Constitutional Law; Racial Discrimination; Affirmative Action; Justice; Equality – Reduction of Social Inequalities; Solidarity; Merit; Access to the Public Service by the racial criterion – quotes and goals; Principle of Proportionality.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Alvacir Alfredo Nicz, orientador deste trabalho

Aos professores do Mestrado, pelo incentivo e inspiração

Aos colegas, pelos debates e críticas

Às Bibliotecas da Procuradoria Geral do Estado e da PUCPR,

Às secretárias da Pós-Graduação, pela paciência e atenção dispensadas

Aos meus pais, pela iluminação

A todos enfim que de alguma forma contribuíram para este esforço

Endereço meu sincero agradecimento

À Elaine, pela revisão e contribuição crítica, e aos pequenos Francisco, Maurício Filho e Bruno, todos dos quais tantas horas foram roubadas para que este trabalho pudesse chegar ao fim, dedico o presente.

SUMÁRIO

Introdução, 1

PRIMEIRA PARTE – PRELIMINARES, 5

CAPÍTULO I – O DIREITO E A “VALA RACIAL” , 6

§ 1. A escravidão como “tema maldito” no Império, 6

§ 2. O discurso liberal da abolição da escravatura, 10

§ 3. O Direito e a ilusão da “democracia racial” no Brasil, 14

CAPÍTULO II – RESPOSTAS REPRESSIVAS E PROMOCIONAIS, 21

§ 4. A insuficiência da igualdade formal na questão racial, 21

§ 5. Ações afirmativas como a resposta positiva do direito, 25

§ 6. Ação afirmativa no Brasil, 29

§ 7. Iniciativas sobre critério racial na admissão ao serviço público, 33

SEGUNDA PARTE – AÇÕES AFIRMATIVAS E SEU FUNDAMENTO, 38

CAPÍTULO I – QUESTÕES PRÉVIAS, 39

§ 8. O espaço jurídico como baliza de investigação, 39

§ 9. A igualdade e os objetivos da República, 46

§ 10. A força normativa dos objetivos fundamentais, 49

CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO E O PROBLEMA DA JUSTIÇA, 56

§ 11. O discurso da igualdade como valor da Justiça, 56

§ 12. Justiça compensatória e ação afirmativa, 57

§ 13. Justiça Racional ou relativa: as normas da Justiça, 60

§ 14. Outras concepções tautológicas da Justiça, 62

§ 15. Conclusão sobre as concepções tautológicas da Justiça, 65

CAPÍTULO III – A CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE JUSTA, 67

- § 16. Construções ideológicas da Justiça, 67
- § 17. Enfoque economicista: as doutrinas socialistas, 69
- § 18. Crítica à concepção socialista de Justiça, 72
- § 19. Enfoque contratualista: as doutrinas liberais, 75
- § 20. A justiça como equidade: a tese de J. Rawls, 79
- § 21. Crítica sobre as teses substanciais da Justiça, 83
- § 22. Justiça como igualdade perante a lei, 86

CAPÍTULO IV – O PRINCÍPIO E O PARADOXO DA IGUALDADE, 89

- § 23. Igualdade como regra da Justiça, 89
- § 24. A inauguração do discurso moderno da igualdade, 91
- § 25. A igualdade positivada, 100
- § 26. Igualdade como direito de tratamento essencialmente igual, 104
- § 27. Proibição de tratamento arbitrariamente desigual, 107
- § 28. Igualdade de fato como decorrência do preceito isonômico, 111
- § 29. O paradoxo da igualdade e a questão racial, 112

CAPÍTULO V – DEVER DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES, 115

- § 30. Igualdade como consequência da generalidade da norma, 115
- § 31. Igualdade e princípio democrático, 116
- § 32. Igualdade como exigência da Justiça, 118
- § 33. Igualdade de bem-estar e igualdade de recursos, 121
- § 34. A igualdade e o princípio da proporcionalidade, 126

CAPÍTULO VI - IGUALDADE NO DIREITO DE SOLIDARIEDADE, 133

- § 35. O dever constitucional da solidariedade, 133
- § 36. A igualdade e Justiça social na Constituição dirigente, 138
- § 37. Igualdade como paradigma procedimental, 141
- § 38. Igualdade material sob a reserva do possível, 142
- § 39. Igualdade como conceito em construção, 143

TERCEIRA PARTE – ACESSIBILIDADE E CRITÉRIO RACIAL, 145

CAPÍTULO I - IGUALDADE FORMAL E MÉRITO, 146

§ 40. Introdução, 146

§ 41. Origens do Mérito para o exercício de dignidades públicas, 148

§ 42. Noção moderna de mérito, 152

CAPÍTULO II - O MÉRITO NO DIREITO BRASILEIRO, 155

§ 43. O mérito no acesso ao serviço público no Direito brasileiro, 155

§ 44. Período Republicano, persistência dos antigos vícios, 157

§ 45. O mérito na Constituição de 1988, 164

§ 46. A meritocracia na Reforma Administrativa de 1998, 168

CAPÍTULO III – CRISE NA NOÇÃO DE MÉRITO, 170

§ 47. Crítica ao modelo meritocrático de organização social, 170

§ 48. A crítica contemporânea ao modelo meritocrático, 172

CAPÍTULO IV – OBJEÇÕES AO CRITÉRIO RACIAL, 177

§ 49. O problema da racionalidade do critério racial, 177

§ 50. Objeções às políticas de cotas, 180

§ 51. Concurso público e deslocamento ou preterição, 183

§ 52. Proibição de distinções raciais no acesso a cargos públicos, 184

CAPÍTULO V - SÍNTESE POSSÍVEL, 187

§ 53. A proposta do mérito democrático, 187

§ 54. Ponderação e mérito no acesso aos cargos, 190

CONCLUSÕES, 196

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS, 203

Introdução

Nossas concepções de Justiça e, assim, de civilização, há muito são informadas por idéias ou ideais de igualdade, seja compreendida em seu sentido formal — a igualdade perante a lei —, seja compreendida como exigência de igualdade de fato.¹

Essa igualdade, reflexo da própria natureza humana, entretanto viverá por muito tempo no plano das idéias, como algo exequível apenas em outro plano, como na *utopia* de MORUS. Na sociedade, a estratificação social, que está ligada muitas vezes à servidão ou pelo menos à subordinação em diversos modos, ou, de qualquer modo, algum tipo de dominação, é mais freqüente que a igualdade. Imagina-se que, embora tenham nascido iguais, os homens muito facilmente se depravam na medida da fraqueza de seus espíritos.

É a lição de N. BOBBIO:

“A sociedade de livres e iguais é um estado hipotético, apenas imaginado. Imaginado como se situando ora no início, ora no fim da história, conforme se tenha do curso histórico da humanidade uma visão regressiva ou progressiva. Trata-se de uma sociedade na qual todo homem é livre na medida em que obedece apenas a si mesmo e, pelo fato de que essa liberdade é desfrutada por todos, todos são iguais pelo menos quanto são livres. Ao contrário, uma sociedade histórica pode ser constituída de homens livres mas não iguais nas respectivas esferas de liberdade, assim como de iguais enquanto não são livres, ou, mais sucintamente, pode ser constituída de desiguais na liberdade e de iguais na escravidão”².

Pode-se dizer que tal pessimismo em relação à igualdade tem prevalecido como discurso, o que se reflete na elaboração das constituições e, portanto, na construção do pensamento político e jurídico.

¹ A idéia de igualdade afirma-se como um postulado de ordem cultural importante para a definição das condutas das pessoas e tem acompanhado o desenvolvimento da civilização, funcionando muitas vezes como um de seus principais impulsos. Doutrinas filosóficas que aspiram a “*una sociedad ideal en la que se han eliminado todas las diferencias de rango y las instituciones que representan cualquier clase de categoría*” e a “*esperanza del retorno de una Edad de Oro*” parecem existir desde tempos remotos. Cf. KERNIG, C. D. (org.). Igualdad. In *Marxismo y Democracia* – Enciclopedia de conceptos básicos, vol. 4. Madrid: Ediciones Rioduero, 1975. A doutrina cristã do amor ao próximo, por exemplo, que é dominante no Ocidente, pressupõe a semelhança entre todas as pessoas, i.e., que as nossas diferenças (de origem, riqueza ou sabedoria) sejam consideradas irrelevantes perante Deus.

² BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 8

“*O direito de igualdade*”, escreve J. A. DA SILVA, “*não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela*”. De fato, embora mais ou menos universal a enunciação do direito de igualdade, “*as constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei*”³, mercê, talvez, da opção, hoje quase universal no Ocidente, por modelos ainda fortemente influenciados pela concepção liberal de organização do Estado e da Sociedade.

Em nota sobre a igualdade, E. R. GRAU salienta que essa máxima, “*desde a sua entronização no momento liberal, alcançava concreção exclusivamente ao nível formal*”, usando de licença poética para citar *A Revolução dos Bichos*:

Cuidava-se de uma igualdade à moda do porco de Orwell, no bojo do qual havia — como há — os “iguais” e os “mais iguais” (“All animals are equal/But some animals are/Equal than others”). O próprio enunciado do princípio — ‘*todos são iguais perante a lei*’ — nos dá conta de sua inconsistência, visto que a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais. Daí a tão brusca quanto verdadeira assertiva de Adam Smith: do “governo”, o verdadeiro fim é defender os ricos contra os pobres.⁴

A presente investigação cuida da questão da igualdade e da desigualdade numa situação particular, verificada a partir da discriminação dita *racial*, em face de algumas iniciativas, tomadas a partir da reconhecida insuficiência do princípio da igualdade enunciado meramente sob o prisma formal, especificamente a de se adotar princípios, políticas ou programas de “ação afirmativa”, para o fim de se estabelecer critérios para o acesso ao serviço público, seja através de “metas”, seja através de “cotas” para pessoas pertencentes a alguns extratos sociais considerados pelo legislador como historicamente discriminados pela cor de sua pele, através de políticas compensatórias.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 214

⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 118

Objetiva pois este trabalho responder à questão que a própria adoção de ações afirmativas coloca, a saber, se é possível conciliar uma política de estabelecimento de um critério racial para o acesso ao serviço público com a Constituição, o que implica investigar o seu fundamento constitucional, apontado pela doutrina estudada como residente, principalmente, no artigo 3º e seus incisos da Constituição de 1988.

A partir dos objetivos fundamentais, endereçados à República, de construir uma sociedade que, além de livre, deve ser justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais, e promover o bem de todos, a investigação volta-se inicialmente à decifração do conteúdo jurídico possível para os princípios da Justiça, da Igualdade e seu sentido formal e material, a Solidariedade, para o que será examinada a doutrina dedicada ao exame desses valores na Constituição brasileira.

O exame proposto não dispensa um registro histórico da evolução dessas idéias, inclusive para facilitar a compreensão do princípio geral de ação afirmativa, como adotado por ordenamentos jurídicos contemporâneos, em função do qual este esforço de desenvolve.

Apesar da origem alienígena do princípio de ação afirmativa, não se julgou necessário um estudo do direito comparado, seja porque nossa Constituição já contempla algumas ações desse tipo em diversos campos, seja diante da diversidade do problema a ser enfrentado por aqui. O estudo é localizado no tempo e espaço brasileiros, apesar das referências doutrinárias estrangeiras. E, enfim, porque uma notícia das ações afirmativas adotadas em diversos países já está presente na obra de Paulo Lucena de Menezes, sobre as ações afirmativas no Direito Norte Americano, à qual remetemos o leitor.

O princípio da acessibilidade ao serviço público, problema específico de um trabalho que se volta a uma política de inserção de grupos desfavorecidos a posições sociais mais evidentes, tais como as que decorrem dos cargos públicos, não dispensa o estudo histórico e crítico do princípio do mérito, previsto como filtro de acesso pela Constituição mesma, como decorrência da adoção do princípio constitucional da igualdade — que, como se percebe, servirá de eixo de toda a investigação, por fundar tanto o discurso das ações afirmativas como o do mérito.

Advirta-se porém que não se pretende fomentar aqui a conclusão de que a desigualdade de origem *racial* seja a única ou mesmo a mais importante dentre as diversas diferenças iníquas registradas na sociedade: em verdade, como a Constituição reconhece, inúmeras outras são objeto de preocupação específica do legislador constituinte.

Várias são objeto inclusive de *ações afirmativas*, e evidentemente o debate sobre as políticas de inclusão social não poderia se esgotar na questão *racial*, ainda que este se apresente como da maior relevância.

O debate sobre a resposta que o direito deve dar à questão da discriminação entretanto se impõe à sociedade e ao pensamento jurídico, após um século da abolição de um sistema baseado na exploração do trabalho escravo, pela percepção das deficiências no processo de integração racial no país.

Sem qualquer pretensão a ser conclusivo, até porque se trata de uma discussão que ainda está sendo iniciada na sociedade e, por conseqüência, na doutrina jurídica brasileira, poderá entretanto trazer alguma contribuição para a interpretação das normas envolvidas na discussão.

PRIMEIRA PARTE
PRELIMINARES

“A escravidão permanecerá por muito tempo como a característica nacional do Brasil. Ela espalhou por nossas vastas solidões uma grande suavidade; seu contato foi a primeira forma que recebeu a natureza virgem do país, e foi a que ele guardou; ela povoou-o como se fosse uma religião natural e viva, com seus mitos, suas legendas, seus encantamentos; insuflou-lhe sua alma infantil, suas tristezas sem pesar, suas lágrimas sem amargor, seu silêncio sem concentração, suas alegrias sem causa, sua felicidade sem dia seguinte... É ela o suspiro indefinível que exalam ao luar as nossas noites do norte.”

Joaquim Nabuco

CAPÍTULO I

O DIREITO E A “VALA RACIAL”

§ 1. A escravidão como “tema maldito” no Império

Os princípios de ordem política oriundos da Europa, apreendidos por estudantes brasileiros lá formados e aqui introduzidos, são de fundamental importância para a formação de uma concepção de igualdade em nosso meio, os quais, aliados principalmente ao ideário independentista norte-americano, estão na origem de movimentos libertários como o Mineiro em 1791, mas só passarão a ter peso a partir de 1808, quando a Corte Portuguesa se transfere para o Brasil.⁵

Entretanto, essas idéias encontram no Brasil de então uma espécie de burguesia com sinais de feudalismo “*enriquecida por uma exploração latifundiária e escravocrata da terra*”⁶, de sorte que, longe de ser revolucionário o movimento de constitucionalização do país teve de ser “evolucionário”, assumindo um caráter ao mesmo tempo Monarquista e liberal, que dura até a abolição da escravatura — instituto com o qual a Monarquia se identificava —, e a proclamação da República, que lhe é consequência lógica.

É uma “*época caracterizada pelos mistérios da convivência entre os denominados princípios liberais e humanitários, oriundos do iluminismo, e a prática do escravismo no Brasil do Século XIX*”, como nota E. S. PENA⁷, para quem a escravidão no Brasil é uma espécie de “esfinge”, a merecer decifração pela historiografia.

⁵ cf. DANTAS, Ivo. *Direito constitucional e constituições políticas*. Bauru: JALLOVI, 1986, p. 184

⁶ DANTAS, *Direito constitucional...* cit., p. 188

⁷ PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da casa imperial, juriconsultos, escravidão e a lei de 1871*. Campinas: Ed. da Unicamp, 2001, p. 270

Ao lado da maciça presença de escravos entre nós nesse período denota-se a maneira contraditória como a lei tratava do problema da escravidão, o que pode ter contribuído para gerar uma questão de ordem social que logo exigiria resposta do Direito.

À época, um jurista prestigiado na Corte e no Instituto dos Advogados Brasileiros, P. MALHEIROS, identificado com a causa liberal, observa que entre a Constituição de 1824 e os fins do Século XIX o debate sobre o tema da abolição coloca-se como “maldito”:

“... adiada sempre e indefinidamente a questão ou a solução a pretexto da inoportunidade, perigo da ordem pública, da paz das famílias, da ordem econômica, e da fortuna pública e privada! Dormiu-se assim o sono da indiferença sobre o vulcão, sobre o abismo! De temor de encará-lo, embriagavam-se com as insidiosas flores que o encobriam, o produto do trabalho escravo!”⁸

A Constituição Brasileira de 25 de Março de 1824 entretanto proclamara a igualdade perante a lei, antes mesmo de fazê-lo a Constituição dos Estados Unidos, cuja Emenda ou Aditamento XIV, que contém a cláusula de igualdade é de 1866 (embora a escravidão já estivesse então extinta através da Emenda XIII, de 1865).⁹

A propósito, há notícia de que também a Constituição norte-americana, antes da Emenda XIII, tinha desmesurado cuidado em tratar do tema da escravidão. Assim o registra MENEZES:

“Essa tensão [entre escravocratas e anti-escravocratas] terminou refletida no próprio texto constitucional, que foi extremamente cuidadoso ao tratar do assunto, evitando utilizar os vocábulos **escravos** e **escravidão**, como posteriormente observou Abraham Lincoln: ‘a palavra **escravidão** ocultou-se na Constituição, exatamente como um homem angustiado oculta um tumor ou um câncer, que ele não ousa extirpar de imediato, com receio de sangrar até a morte.’”¹⁰

⁸ MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil – ensaio histórico-jurídico-social*, tomo II, parte 3^a – africanos. São Paulo: Edições Cultura, 1944, p. 192

⁹ Assim reza esse Aditamento: “*Não existirá nos Estados Unidos ou em território sujeito à sua jurisdição nenhuma forma de escravatura ou de servidão involuntária, salvo tratando-se de punição de um crime e tendo sido o autor deste legalmente condenado.*” (cf. MIRANDA, Jorge (org.). *Constituições de diversos países*, 3^a ed., I vol., Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, p. 355).

¹⁰ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2001, p. 67

O art. 179, inciso XIII, sob o claro influxo do artigo 6º do Preâmbulo à Constituição Francesa declara, com efeito, que “*a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um*”, mas revela sua ambigüidade ao não reconhecer a *igualdade de nascimento*, como seria de se esperar, dada a matriz filosófica e política sobre a qual se imprimem esses textos.¹¹

Essa omissão pode ter sido proposital, para não criar expectativas sobre as bases escravocratas da economia do país, e se o discurso da abolição da escravatura é liberal, a objeção renderá homenagem também ao liberalismo, pois alguns dos argumentos para retardar o processo da abolição, são especialmente fincados na tese da proteção à propriedade e dos direitos adquiridos pelos senhores, direitos consagrados com apoio na mesma Constituição.

O pensamento jurídico sobre o qual se apoiava o movimento abolicionista de fato chegou a amadurecer a tese de *ilegalidade* da escravidão, como é exemplo a doutrina de P. MALHEIROS, contestando a base romanística sob a qual os escravocratas supunham justificar seu direito de possuir seres humanos:

“... o próprio Direito Romano, conquanto a princípio desse ao senhor toda a latitude no exercício desse direito até ao ponto extremo de poder impunemente aniquilar essa propriedade — *escravo* —, restringiu sucessivamente tal exercício, reconhecendo assim que no escravo havia outra coisa mais do que um objeto de propriedade, que ele não era rigorosamente uma coisa como os irracionais, que no escravo havia um homem, uma pessoa mesmo (...). É digno ainda de notar-se que, em muitos atos se devia ter, para efeitos civis, em atenção no escravo a sua qualidade de homem, de ser inteligente e livre”¹².

¹¹ Art. 1º da *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* — “*Os homens nascem e são livres e iguais em direitos*” — e a Emenda XIV, seção I, dos *Aditamentos* à Constituição dos EUA — “*São cidadãos ... todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição*”. Cf. citados in MIRANDA, *Constituições ... cit.*, p. 356 e 367

¹² MALHEIROS, *A escravidão...* **cit.**, p. 54

Também do ponto de vista do direito objetivo, soma-se a tese de J. NABUCO quanto à ilegalidade da escravidão, baseada na vigência da Lei de 7 de novembro de 1831, que declarou em seu art. 1º livres “*todos os escravos que entrarem no território ou portos do Brasil vindos de fora*”, diploma cuja pretensão à eficácia esbarrava no tráfico negreiro clandestino, mas que podia fundamentar desde logo alegação de direito à liberdade por parte das vítimas.¹³

As idéias desses autores exemplificam a preocupação a respeito do enorme problema de inserção social que o regime escravocrata provocava, também sob o ponto de vista jurídico–constitucional.

Já no prefácio de seu famoso panfleto “*O abolicionismo*”, com efeito, J. NABUCO observa que a consciência da existência do valor “dignidade da pessoa humana” é algo ainda em formação ao seu tempo¹⁴, e conclui exortando à adoção de “*princípios que tornam as nações modernas fortes, felizes e respeitadas*”, com vistas a inaugurar

“...uma ordem de coisas fundada sobre uma concepção completamente diversa dos deveres, quanto à vida, à propriedade, à pessoa, à família, à honra, aos direitos, dos seus semelhantes, do indivíduo para com a nação, quanto à liberdade individual, à civilização, à igual proteção a todos, ao adiantamento social realizado, para com a humanidade que lhe dá interesse e participação — e de fato o entrega tacitamente à guarda de cada uma — em todo esse patrimônio da nossa espécie.”¹⁵.

Acontece entretanto que a escravidão na América assumiu um perfil *racial*¹⁶, dada a maciça importação de africanos, de sorte que significou a sua prática sobretudo uma profunda estigmatização dos negros e de seus descendentes, conseqüência que talvez não tivesse sido tão grave se adotada desde logo a idéia da igualdade de nascimento, antecipando-se ao menos os efeitos da Lei do Ventre Livre.

¹³ NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000, p. 71-77

¹⁴ NABUCO, *O abolicionismo*, **cit.**, p. XXI

¹⁵ NABUCO, *O abolicionismo*, **cit.**, p. 172

¹⁶ Cf. **infra**, § 48, é necessário considerar a polêmica envolvida, modernamente, com o emprego da expressão “raça” para designar um grupo social

Permitiu-se que depois de aprovada uma Constituição de caráter fundamentalmente liberal, ainda nascessem, por muitos anos ainda, escravos negros no Brasil, perpetuando, em lugar de corrigir desde logo, uma situação para a qual hoje a lei procura dar respostas.

NABUCO, nessa época, denuncia que a escravidão no país “*repousa sobre uma base diversa da escravidão antiga: a cor preta*”, fator que, se não contribuiu para azedar a alma do escravo ou para atizar o ódio entre as raças, como ocorreu nos Estados Unidos, entretanto é fundamental para a denúncia do caráter discriminatório da escravidão:

“Ninguém pensa em reduzir homens brancos ao cativeiro, para este ficaram reservados tão-somente os negros. Nós não somos um povo exclusivamente branco, e não devemos portanto admitir essa maldição da cor; pelo contrário, devemos tudo fazer por esquecê-la.”¹⁷

Esse discurso jurídico e social tinha, portanto, consciência da questão *racial*, e da importância de superá-la. P. MALHEIROS também observou que “*se não fora o elemento inteiramente acidental da cor, os nossos costumes não tolerariam por um momento mais a escravidão*”¹⁸. A percepção da acidentalidade do elemento *cor da pele*, entretanto, parece ser adiantada demais para a época, como o prova o discurso da abolição e a omissão legislativa das primeiras décadas da república.

§ 2. O discurso liberal da abolição da escravatura

Apesar de vozes autorizadas no meio acadêmico e jurídico à época da abolição da escravatura advertirem sobre o risco da extinção pura e simples dessa prática sem a adoção de meios que suavizassem os conflitos advindos da integração do escravo à sociedade dos livres, as medidas então tomadas revelam-se, quando vistas em perspectiva, insuficientes.

¹⁷ NABUCO, *O abolicionismo cit.*, p. 16. Também em NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997 se enfatiza tal discurso

¹⁸ MALHEIROS, *A escravidão... cit.*, t. II, p. 339

Visto que significativa parcela da população do Império era constituída de escravos, antecipa P. MALHEIROS sua opinião de que *“atacar a escravidão para transformar o trabalho escravo em trabalho livre, é mudar completamente não só a face da sociedade”*, revelando o sua preocupação no sentido de que *“qualquer providência, pois, mal pensada, ou simplesmente precipitada, extemporânea, pode causar, além de uma incalculável desordem econômica, estremecimento nas famílias e na ordem pública”*. Por isso adverte que a emancipação imediata seria *“absolutamente inadmissível”*, *“um mal para todos”* questionando mesmo *“que destino dar a toda essa gente assim repentinamente solta da sujeição e das relações em que se achava”*, repudiando a idéia de *“deixá-los entregues a si, eles incapazes no geral de se regerem por causa da escravidão em que jazeram e de que seriam assim bruscamente retirados”*¹⁹

Propunha assim uma abolição *progressiva*, passando pela abolição da escravidão no nascimento, tese adotada pela Lei de 28 de setembro de 1871 — *“do Ventre Livre”* —, que é, por seu turno, bastante restritiva, pois respeita o princípio da inviolabilidade do domínio do senhor sobre o escravo, visto que a Lei Euzébio de Queiroz, de 4 de setembro de 1850, abolindo o tráfico de escravos, era, como reconhecido, ineficiente para solucionar a questão dos escravos já introduzidos no país.

Dentre as razões dessa abolição *“controlada e gradual”*, se encontrava, além de questões de direito patrimonial, o receio de ocorrer por aqui a agitação social que se viu no Haiti em 1792 ou mesmo no Brasil, nos anos 1820/30.

Sugere para controlar esse processo o jurista também uma série de medidas, inclusive de ordem econômica, tais como a propriedade e disposição do pecúlio formado pelo escravo, promover o hábito de economizar recursos, propiciar a formação de uma renda no interesse próprio.

¹⁹ MALHEIROS, *A escravidão... cit.*, p.200-203

Além disso, via a necessidade de estimular o casamento, vista a família como elemento fundamental da sociedade, além de declará-los “*aptos para todos os cargos públicos*”, a criação de um fundo de emancipação com vistas a promover a criação, a educação e o estabelecimento dos libertos²⁰.

Nos discursos de J. NABUCO, proferidos como parlamentar, via-se igual preocupação quanto às cautelas que deveriam preceder a abolição, que ao seu ver deveria se dar de forma *gradual*:

“Como suprir o trabalho? Seria com os mesmos libertos? Quando muito, tornando a si do entusiasmo dos primeiros dias, se prestassem ao serviço pelo salário, outros pela preguiça e indolência seriam sempre vadios e vagabundos, outros naturalmente prefeririam os cômodos da cidade.”²¹

Este autor, por outro lado, adverte que “*a emancipação dos atuais escravos é apenas a tarefa imediata do abolicionismo*”, pois a obra de integração dos futuros ex-escravos à comunhão nacional pertencia ao porvir, por entender inclusive “*que os brasileiros são todos responsáveis pela escravidão, ... porque a consentem*”²². Tarefa fundamental a integração, mas não a única: “*Além dessa, há outra maior, a do futuro: a de apagar todos os efeitos de um regime que, há três séculos, é uma escola de desmoralização e inércia, de servilismo e irresponsabilidade para a casta dos senhores*”²³

Orientado pela compaixão com a sorte dos escravos e pelo desejo de “*reconstruir o Brasil sobre o trabalho livre e a união das raças na liberdade*”, em 1883, NABUCO, diz que a raça negra “*não é uma raça inferior, alheia à comunhão ou isolada desta, e cujo bem estar nos afete*”, é, antes, “*um elemento de considerável importância nacional, estreitamente ligada por infinitas relações orgânicas à nossa constituição, parte integrante do povo brasileiro*”²⁴.

²⁰ MALHEIROS, *A escravidão...* cit., p. 225-227

²¹ NABUCO, Joaquim. *Um estadista ...* cit., p. 711

²² NABUCO, *O abolicionismo*, cit., p. 168

²³ NABUCO, *O abolicionismo*, cit., p. 3

²⁴ NABUCO, *O abolicionismo*, cit., p. 14

Não via, assim, o notável estadista razão para justificar a exclusão dessa parcela da população, que, por trezentos anos, “*tem sido o principal instrumento de ocupação e da manutenção do nosso território pelo europeu, e que os seus descendentes se misturam com o nosso povo*”²⁵, uma contribuição gratuita dessa gente para o país.

Sustenta o abolicionista que nenhuma outra fração do povo tem mais direito de chamar essa pátria de sua e via, no trabalho livre, com a dissipação dos últimos vestígios da escravidão, a natural abertura do país à imigração européia, superando, adiante, o natural antagonismo racial.

Apesar dessas idéias, que já antecipavam, em linhas gerais, a preocupação com a necessidade de alguma intervenção do Estado, no sentido da reinclusão dos libertos à sociedade, o fato reconhecido é que a escravidão tinha durado no país tempo demais para tão escassas medidas.

Havia além disso, um propósito, nem sempre confessado pelo governo, de “embranquecimento” da mão-de-obra, mediante a maciça importação de imigrantes europeus, ao lado de medidas paliativas como as “remover os escravos das capitais para o campo”, medida que interessava “à imigração para a qual se abre espaço, cessando a competência do trabalho servil” e “à lavoura que, entretanto, vem a adquirir maior número de braços” e “à ordem pública, porque as cidades devem ser o asilo e o centro de providências no caso de perigo.”²⁶

Um dos interesses da abolição era o vasto movimento migratório da Europa para a América, e os Portos dos Países onde se praticava a escravidão eram proibidos a essas levas, pelo menos as mais compactas.

A favor dessa conclusão prova a existência de projetos, como o do Senador Silveira da Mota, de 1857, que incentivavam a imigração de estrangeiros para as cidades e por razões econômicas e de segurança a remoção dos escravos para o campo²⁷.

²⁵ NABUCO, *O abolicionismo*, **cit.**, p. 15

²⁶ NABUCO, *Um estadista...*, **cit.**, p. 715

²⁷ cf. PENA, *Pagens...* **cit.**, p. 279

É eloqüente a fala de MALHEIROS:

“Compare-se com o Brasil atual da escravidão o ideal de pátria que nós, abolicionistas, sustentamos: um país onde todos sejam livres; onde, atraída pela franqueza das nossas instituições e pela liberdade do nosso regime, a imigração européia traga, sem cessar, para os trópicos, uma corrente de sangue caucásio vivaz, enérgico e sadio, que possamos absorver sem perigo, em vez dessa onda chinesa, com que a grande propriedade aspira a viciar e corromper ainda mais a nossa raça; um país que de alguma forma trabalhe originalmente para a obra da humanidade e para o adiantamento da América do Sul.”²⁸

Extraí-se desses discursos antagônicos que os negros são encarados ora como *solução* ora como um *problema*, e aparentemente dessa ambigüidade se ressentia a política então adotada pelo governo, encampando a tese da abolição sem medidas no sentido de amenizar a integração dos excluídos pela escravidão.

§ 3. O Direito e a ilusão da “democracia racial” no Brasil

As possibilidades emancipatórias ou integrativas da abolição ainda não se concretizaram, como se afirma em nível de evidência: mais de cem anos depois de conseguida, os seus efeitos demoram a se fazer sentir em nosso país.

O Brasil terá importado cerca de 4 milhões de escravos, ao longo de mais de trezentos anos de prática escravocrata, sendo que a quase totalidade veio da África, criando-se em solo brasileiro a maior população de negros fora daquele continente e, entretanto, a despeito da origem comum, com enormes diferenças étnicas entre eles, pela diversidade de origem.

Não é possível negar também que o preconceito por aqui assumiu matizes inteiramente peculiares, primeiro pelo intenso grau de miscigenação entre as diversas *cores*, autóctones ou não, criando-se uma vasta população de pardos.

²⁸ NABUCO, *O abolicionismo*, cit., p. 170

O fato é que se criou um racismo de índole nacional, mal-confessado, dissimulado através dos mais variados artificios, e, no entanto, visível quando encarado sob as devidas lentes. Se esse *racismo à brasileira* fora objeto de investigação de acadêmicos ao longo do Século passado, foi só na última década que se pode aferir tal fenômeno com dados seguros, a permitir uma tomada de posição mais conseqüente.

A abolição foi pensada e urdida do ponto de vista da maioria branca, sem maiores preocupações quanto a uma política de inclusão social. Correu por caminhos diversos dos pensados pelos seus defensores, e pode ter implicado no aprofundamento da segregação.

“A libertação dos escravos foi proclamada sem que se criassem, simultaneamente, as condições adequadas para a incorporação do negro à sociedade brasileira, com seu acesso pleno ao mercado de trabalho. Com isso, a população negra foi excluída da cidadania. E também da mobilidade social, posto que a manutenção do predomínio de uma visão conservadora levou ao desemprego e à subocupação dos negros, com o inchamento do nascente mercado de trabalho brasileiro, conduzido pela desordenada migração de brancos europeus e pela ausência de reformas estruturais.”²⁹

O discurso jurídico dos primeiros anos do Século XX foi praticamente omissos em relação ao problema da integração do negro à sociedade.

A Constituição de 1891, por exemplo, dentre as limitações impostas ao direito de alistamento como eleitor, estabelece não serem alistáveis os mendigos e os analfabetos (art. 70 e § 1º), embora enunciasse formalmente a igualdade de todos. Diante das circunstâncias em que ocorreu a abolição, não é difícil ver o caráter discriminatório de tal limitação, relativamente aos ex-escravos, a qual perdurou na Carta de 1934 (art. 108 parágrafo único), de 1937 (art. 117 parágrafo único) — só caindo através da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, dando nova redação dada ao art. 117.

²⁹ POCHMANN, Márcio. *Erros de uma segunda abolição*. Folha de S. Paulo, São Paulo, 31.mai.2002, caderno A, p. 3

J. A. SILVA inclui essa lei no conjunto de providências adotadas no imediato pós-Guerra, na esteira da reconstitucionalização dos países europeus, e pela pressão de diversos movimentos políticos no sentido do estabelecimento de princípios democratizantes, medidas necessárias à “*recomposição do quadro constitucional do país*”.³⁰

A própria cidadania assim é constitucionalmente limitada pela condição econômica até meados do Século XX, e, considerando que a pobreza está implicada na questão *racial*, não há dificuldade em perceber que o déficit no acesso aos direitos fundamentais de significativa parcela da população vai perdurar por mais tempo, inclusive porque a edição de novas regras não tem o condão, por si só, de alterar a realidade social.

E. S. PENA, em ensaio sobre a luta contra esse “racismo à brasileira”, depois de observar que nenhum auxílio ou medida compensatória pelos anos de sofrimento no cativeiro foi pensada para os libertos, anota que só a partir de 1920 se passou a promover uma “*gradual restauração dos afro-brasileiros para uma posição competitiva, porém subordinada, no mercado de trabalho braçal*”³¹.

Essa integração *subordinada*, como mostra o historiador, foi aliada à criação de instrumentos políticos e ideológicos que passaram a vender a imagem do país como um lugar abençoado pela tolerância, conforme o discurso oficial, a despeito da pequena integração dos ex-escravos e de seus descendentes afro-brasileiros.

A partir dos anos 30 filtra-se na sociedade a idéia da “democracia racial”, que pretensamente explicava essa omissão, seguindo-se a valorização do produto cultural dos afro-brasileiros, mas o acesso ao trabalho qualificado, aos cargos públicos e políticos, à renda nacional enfim denunciava o contrário.

³⁰ SILVA, *Curso... cit.*, p. 86

³¹ PENA, Eduardo Spiller. *Os direitos da cidadania afro-brasileira e a luta contra o racismo no Brasil. In Simpósio Internacional 150 años de la abolición de la esclavitud en Colombia*, outubro de 2001

Somente com a chamada “Lei Afonso Arinos” — nº 1.390, de 3 de julho de 1951 —, prevendo como contravenção penal uma série de comportamentos motivados por preconceito racial, ocorre um reconhecimento formal do Direito de que o preconceito era um fato que deveria ser levado em conta, operando-se aí um corte na ilusão cultivada durante meio século. Todavia, a presença de normas de caráter simplesmente repressivo não implicou na melhora das condições sociais dos afetados pelo preconceito.

Os números revelados pelo Censo 2000 não deixam qualquer margem para dúvida sobre essa afirmação: é hoje consenso que a propalada democracia racial não passa de um mito, e o direito se encontra agora diante da necessária acomodação de vetustos princípios com tendências que, particularmente na segunda metade do Século XX, vêm ganhando espaço.

A desigualdade social, em nosso caso, está diretamente ligada à questão racial, e os dados do levantamento, como se disse, evidenciam o que já se percebe a olho nu: ³² não é proporcional à contribuição para a renda nacional a distribuição dos indicadores sociais mínimos. ³³

Esses índices deixam patente que a distribuição da riqueza e da pobreza no país não acompanha de modo algum a distribuição *racial*, apesar de o trabalho estar distribuído de forma semelhante. ³⁴

³² Embora a taxa de atividade (percentagem de pessoas economicamente ativas), e a taxa de desocupação (percentagem de pessoas desocupadas, em relação às economicamente ativas) esteja praticamente distribuídas de forma igual entre as “cores” declaradas pelos pesquisados, que para efeitos práticos dividem o povo em duas metades, uma branca e outra negra/parda — de sorte que está razoavelmente distribuída a população entre esses dois grandes grupos. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios 1999* [CD-ROM]. Microdados. Rio de Janeiro, 2000.

³³ A mortalidade entre os negros/pardos é praticamente o dobro da verificada entre os brancos; a média de anos de estudo é de bem superior entre brancos à dos negros/pardos; a água canalizada por habitação só alcança pouco mais da metade das casas dos negros/pardos, e menos que isso quando se trate de esgoto. Enfim, a maioria dos trabalhadores sem registro é preta ou parda. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Pesquisa...* **cit.**

³⁴ A pesquisa elaborada pelo IBGE, além de diagnosticar diferenças regionais, indica que o rendimento médio da população “não-branca” é de cerca de metade dos “brancos”, maior inclusive que a diferença de renda por gênero. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese dos Indicadores Sociais 2002*. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em 12 jul. 2003

A mobilidade social ascendente dos não-brancos é pequena, e, em todos os ramos da população economicamente ativa — assim definida a que tem acesso ao trabalho de forma regulamentada, exceto a rural — predomina a população branca, como observa E. S. PENA, no ensaio referido.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ao apontar o rendimento médio das pessoas ocupadas no último censo, confirma a desigualdade social ligada à cor da pele³⁵.

Além disso, a pesquisa sobre o desemprego indica que o desemprego entre “não brancos” é significativamente maior que a dos “brancos”.³⁶

Esses dados, aliás, apenas estariam reafirmando os que Censo de 1960 já mostrava — a renda média dos brancos corresponde ao dobro da do resto da população.³⁷

Estariam ainda demonstrando que a contribuição em trabalho para a riqueza nacional é praticamente a mesma, consideradas as “cores” declaradas, mas não a distribuição da renda gerada por tal contribuição.

Conseqüência evidente dessa desigualdade é verificada também no acesso ao ensino universitário superior, onde normalmente ainda é grande a *invisibilidade*, pelo menos nos cursos de maior *prestígio* no mercado³⁸.

³⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar 2001*. Disponível em <www.ibge.gov.br>. Consulta realizada em 1º ago.2003. A renda média dos “brancos” é superior ao dobro da renda média dos “negros” e “pardos”, que, por seu turno, é inferior à renda média da população ocupada.

³⁶ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS. A desigualdade racial no mercado de trabalho. *Boletim DIEESE*, São Paulo: Novembro 2002. Disponível em <www.observatoriosocial.org.br/download/dieesedesigualdade.pdf>. Acesso em 16 jul. 2003

³⁷ PENA, *Os direitos...*, p. 6-7

³⁸ UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. *A Cor da Bahia*. Disponível em <www.ufba.br/~acorda/menu3.html>. Acesso em 16 jul. 2003. Trata-se de estudo, levado a cabo pela em cinco instituições públicas (UFBa, UFPR, UFMA, UnB e UFRJ), e coordenado pelo professor A. S. A. GUIMARÃES, considerando a cor da pele conforme declarada pelos entrevistados, revelando que a distorção presente no segundo grau de ensino se projeta no ensino superior, de sorte que, além de serem desproporcionalmente minoritários em números absolutos, considerada a densidade demográfica do Estado, ocupam os cursos menos prestigiados. Essa situação atualmente vem sendo reconhecida pelo Ministério da Educação, que discute vias de inclusão dessas *minorias raciais* no Ensino Superior.

Talvez por consequência dessa ausência nos cursos mais relevantes, nos postos mais importantes da Administração Pública essa ausência é notável, uma vez que estabelecimento do critério de mérito é preferencial no acesso aos cargos e este corresponde normalmente a formação acadêmica, empregos e, hoje, preferencialmente também às funções públicas.

A conclusão possível é a de que se cavou no Brasil, no último século, uma “vala racial”, como decorrência inclusive do mau encaminhamento da integração dos ex-escravos incorporados à comunidade nacional após a abolição, com nítido favorecimento dos outros imigrantes, estes não exatamente forçados. Fala-se assim num Brasil “Branco e Rico”, convivendo com outro “Preto e Pobre”, e que, no Brasil, “a pobreza tem cor”.

Todas essas condições desfavoráveis naturalmente geram um déficit que vai refletir na composição do perfil humano do serviço público, como num “círculo vicioso”³⁹: a pobreza gera más condições de vida, que gera mais pobreza e dificuldade de acesso ao ensino, que também gera mais pobreza, que ao longo das gerações, perpetua e agrava as condições iniciais — até pela falta de profissionais formados — e assim sucessivamente, tudo contribuindo para que o acesso ao serviço público, normalmente sujeito a critérios de mérito, reflita um perfil racial divergente do da composição da população.

No entanto, a Constituição do Brasil de 1988, suprimindo uma omissão das que lhe antecedem, consagra em seu preâmbulo que se pretende instituir um “*Estado Democrático, destinado a assegurar... a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...*”, declarando que entre seus fundamentos está o da dignidade da pessoa humana.

³⁹ cf. SANTOS, Hélio. *A busca de um caminho para o Brasil - a trilha do círculo vicioso*. S. Paulo: Editora SENAC, 2002.

Acresce constituir, além disso, como seu objetivo “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (artigos 1º e 3º), ou seja, se impôs como *tarefa fundamental* a de promover o bem comum ignorando quaisquer diferenças, opção que o Estatuto dos Direitos Fundamentais reflete, nos arts. 5º e 7º.

O texto constitucional “*consagra a condenação do **apartheid**, por parte de um povo mestiço, com razoável contingente de negros*”, como observa argutamente J. AFONSO DA SILVA:

“Nele se encontra, também, o reconhecimento de que o preconceito de origem, raça e cor especialmente contra os negros não está ausente das relações sociais brasileiras. Disfarçadamente ou, não raro, ostensivamente, pessoas negras sofrem discriminação até mesmo com entidades públicas”⁴⁰

Os programas de “ação afirmativa”, tais como o que é objeto deste estudo, buscam pois essencialmente corrigir a situação descrita, adotando uma retórica da substituição do “círculo vicioso” por um “círculo virtuoso”, mas traz consigo uma problemática específica e objeto da preocupação do Direito, que, como já se adiantou, consagra a igualdade e, mercê dessa opção, critérios essencialmente meritórios o acesso ao serviço público, apesar de garantir a ampla acessibilidade a todos os brasileiros que preencham as condições legais (art. 37).

Importa assim verificar que sobre quais bases se erige, e como a Constituição define o princípio da igualdade, formal e material, que concepção, enfim, de Justiça adota para tal fim, para, depois, investigar em que condições o “princípio do mérito” — se pode ser assim chamado — interfere com um sistema propositivo como o estudado, investigando, enfim, possíveis alternativas constitucionais para os possíveis conflitos.

Precede esse exame uma notícia das respostas que o direito objetivo oferece.

⁴⁰ SILVA, *Curso ... cit.*, p. 227

CAPÍTULO II

RESPOSTAS REPRESSIVAS E PROMOCIONAIS

§ 4. A insuficiência da igualdade formal na questão racial

Depois do fim da II Guerra Mundial, estabeleceu-se um consenso em se considerar como *infame* o racismo, passando a comunidade internacional a observar com mais atenção os problemas de inclusão e exclusão social a partir de critérios *étnicos* ou *raciais*. O nazismo terá assim dado sua contribuição para a exposição do drama da intolerância.

Terá contribuído para isso a tendência em se abandonar critério de raça como apto à diferenciação entre seres humanos, inclusive porque descobertas científicas se impuseram para se afirmar que não são geneticamente relevantes essas diferenças para a espécie humana.

N. BOBBIO vê na convicção de que os direitos humanos e as liberdades fundamentais têm um fundamento, e que esse fundamento é iniludível, porquanto afirmado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, um discurso insuficiente, embora lastreado no acordo universalmente firmado após o fim do nazismo:

“Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade — toda a humanidade — partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.”⁴¹

Dentre esses valores está o da irrelevância da origem étnica ou da aparência para o efeito de consideração no plano dos direitos, como se lê nos considerandos da Declaração:

⁴¹ BOBBIO. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28

“... o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo ... os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Assim proclamaram as 48 nações signatárias originais que *“toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor etc.,”* e que *“todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”* e *“a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”*

Terá sido esta a primeira manifestação firme de incondicional adesão a um princípio igualitário com ênfase étnica, ao menos do ponto de vista formal, demonstrando sua filiação ao sistema iniciado com a Liga das Nações e concluído com a criação da ONU, em 1945, de internacionalização dos direitos humanos: *“A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.”*⁴²

É objetivo das Nações Unidas, como ressalta o art. 55 da Carta de sua criação, *“promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”*, como veio, em 1948, a ser precisado pela Declaração Universal.

⁴² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 145

É necessário que se diga que, em 1918, fora proclamado um extenso rol de direitos sociais, que vieram a influenciar outras constituições, particularmente a de Weimar, em 1919, realçando o discurso social, ou seja, a igualdade, que a Carta de 1948 procura absorver, reconhecendo a tensão entre igualdade e liberdade que permeou a história da civilização.⁴³ As Constituições resultantes dos processos revolucionários no México e na Rússia são representativas dessa tendência.

Todavia, é também de se destacar o quão ilusória pode ter sido essa pretensão, ao menos do ponto de vista da igualdade, dada a incapacidade dos Estados em geral de promovê-la, sem embargo das extensas cartas de direitos que as constituições modernas trazem.

Observa C. L. ROCHA:

“Se se indagar quais os sistemas constitucionais positivados e em vigor no mundo, tomando-se apenas desde o período que se seguiu à 2ª Guerra Mundial, nos quais o princípio da igualdade é formalizado como direito fundamental, não há dúvida de que a resposta abrangerá todas as Constituições (inclusive aquelas que são apenas nominais). Todavia, se se questionar, paralelamente, em quais Estados o princípio da igualdade é promovido (e não, em seu nome, tão-somente se concebe a desigualdade como comportamento antijurídico) segundo o sistema jurídico adotado e qual a extensão de sua eficácia, em todos eles haverá de se constatar que a resposta será oposta àquela oferecida à primeira indagação posta. Em nenhum Estado Democrático até a década de 60 e em quase nenhum até esta última década do Século XX se cuidou de promover a igualação e venceram-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta.⁴⁴”

Explicações racialistas para determinadas diferenças de tratamento nunca faltaram no contexto das nações, independentemente do seu grau de desenvolvimento, seja em políticas segregacionistas dos Estados sulistas americanos, seja em francas guerras étnicas no leste europeu e no continente africano, mesmo após se ter imaginado que a vitória aliada poria fim nisso.

⁴³ cf. PIOVESAN, *Direitos...* cit., p. 148

⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 33, nº 131, p. 283/295, jul/set 1996 Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1996

É talvez o grande desafio da espécie humana a promoção da igualdade, a remoção dos obstáculos ainda existentes à equiparação entre os homens, particularmente quando nenhuma “razão razoável”⁴⁵ existe para tal desequilíbrio.

Entretanto, a partir da constatação de que para eliminá-lo não seria bastante simplesmente enunciar a igualdade entre as raças, uma vez que a discriminação étnica e racial tem origem inclusive em circunstâncias históricas implicadas com políticas de escravidão baseadas na importação forçada de negros — isto é por razões econômicas —, admite-se políticas de ação afirmativa sustentadas em concessão de alguns privilégios, como meio de resgate da dívida social, ao lado de medidas simplesmente repressivas.

No campo repressivo, registrando a influência da Declaração de 1948, o Brasil aprovou a já referida Lei n. 1.390, de 3.7.1951, Lei Afonso Arinos, incluindo entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor, e, em 5 de janeiro de 1989, obediente ao disposto no art. 5º, XLII, e ao art. 3º, IV, da Constituição de 1988, editou a Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, elevando à categoria de crime os atos resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Contudo, as medidas simplesmente repressivas se mostraram, como se viu acima, insuficientes, eis que o preconceito no mais das vezes se mostra dissimulado, sutil o bastante para que dele normalmente não se aperceba, a não ser pelos seus *resultados* — no caso, fala-se como principal deles a chamada *invisibilidade*, traduzida como a ausência quase total de integrantes de certos grupos dos postos públicos e privados mais relevantes por causa da cor da pele.

Tem cabimento a observação de C. L. ROCHA⁴⁶:

⁴⁵ Cf. ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.384 ss. O autor adota essa terminologia, para distinguir as possibilidades frente ao binômio igualdade/desigualdade (cf. **infra**)

⁴⁶ ROCHA, Ação... **cit.**, p. 284

“Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte no mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política. Do salário à Internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. Das prisões às favelas, o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizatório pelos que assim o criaram. Sem oportunidades sociais, econômicas e políticas iguais, a competição, pedra de toque da sociedade industrial capitalista — e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais.”

Um modo pelo qual se tem enfrentado o problema da desigualdade de fato é o das ações afirmativas, especialmente quando formulado pelo sistema de “cotas” ou “metas”, atualmente objeto da preocupação de diversas ciências sociais e do Direito.

§ 5. Ações afirmativas como resposta positiva do direito

O problema da discriminação por razão *racial* como objeto específico da preocupação do Direito tem raízes antigas. Ao longo dos anos que se seguiram à Guerra Civil Americana, e portanto ao fim da escravidão naquele país, a Suprema Corte defrontou-se com uma visão do discurso da igualdade inaugurado com a aprovação da 14^a Emenda que revela com clareza o alargamento da compreensão do princípio.

Três casos verificados nos Estados Unidos demonstram a evolução dessa compreensão da igualdade.

No fim do século XIX, no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, pela Suprema Corte norte-americanam, afirmou-se a validade constitucional do sistema de segregação racial nas escolas. Por cerca de sessenta anos persistiu essa autorização para os Estados da Federação Norte-americana baixarem legislação desse tipo, o que se verificou particularmente nos sulistas, tradicionalmente conservadores nesse campo.

Trata-se da entronização da doutrina *separados mas iguais*, que interpretava a Emenda XIV à Constituição Norte-Americana, através da qual se permitia que leis separassem as pessoas segundo a *raça*, pois estas “*não implicavam necessariamente a inferioridade de uma raça em relação à outra*”, como observou o Ministro Brown⁴⁷

Já no famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de meados dos anos 50 do século XX — certamente a partir de uma visão de até onde pode levar a discriminação baseada no critério racial, sob trauma da II Guerra —, a Suprema Corte norte-americana revogou a jurisprudência anterior.

Por esse julgamento, entendeu-se incompatível com a mesma Emenda XIV o sistema de **apartheid** praticado naqueles Estados, para permitir que estudantes negros pudessem freqüentar instituições públicas de ensino sem observar a segregação imposta pelas leis locais⁴⁸.

Daí a condenação da prática do racismo permear o discurso moderno sobre os direitos humanos, tanto num sentido negativo ou garantista como num sentido positivo ou afirmativo.

O principal precedente alienígena a propósito de uma ação afirmativa baseada em cotas raciais sem dúvida é o caso *Allan Bakke vs. Regentes da Universidade da Califórnia*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1977⁴⁹, onde se estabeleceu que uma lei como a de Direitos Civis (1964) não impede e que a Emenda XIV da Constituição norte-americana autoriza programas de ação afirmativa baseados em critérios *raciais*.

⁴⁷ cf. MENEZES, *A ação... cit.*, p. 75-76

⁴⁸ cf. MENEZES, *A ação... cit.*, p. 81

⁴⁹ A teoria do *impacto desproporcional* ou *adverso*, segundo a qual a intenção da XIV Emenda foi não só a de proibir a discriminação como também as condutas que permitem a perpetuação da diferença de tratamento, entretanto, foi cristalizada em julgamento anterior, *Griggs vs. Duke Power Company*, sem todavia entrar-se no mérito. Cf. MENEZES, *A ação... cit.*, p. 96-98.

A Corte Suprema, relativizando a interpretação segundo a qual qualquer discriminação — direta ou inversa —, com base em critério de raça seria incompatível com o estatuto da igualdade, e automaticamente banida pela Constituição, acabou por reconhecer a validade desse tipo de programa, ainda que tenha a Corte, afinal, assegurado a vaga ao postulante alegadamente preterido, por não admitir que este fosse prejudicado.⁵⁰

O fundamento adotado por tal programa observava não só o problema do resgate da dívida social provocada pela discriminação — em muitos casos oficializada em programas de **apartheid** — como também a necessidade de se melhorar a distribuição étnica entre os profissionais oriundos das universidades, como meio de incentivar os pertencentes à mesma etnia a buscarem os serviços desses profissionais (o caso *Bakke* envolvia candidatos ao curso de medicina), propiciando uma melhora no bem-estar geral, gerando assim, em certo prazo, um “círculo virtuoso”, em lugar do “círculo vicioso” gerado pelo racismo.

A jurisprudência que se seguiu na Suprema Corte Norte-Americana, embora tenha sofrido retrocessos sob Executivos conservadores, tem mantido o entendimento de que programas de ação afirmativa são constitucionais⁵¹.

A idéia central das ações afirmativas baseia-se num conceito circular, derivado da concepção utilitarista de Justiça: garante-se vagas por exemplo em universidades públicas para minorias étnicas para que estas possam formar profissionais que, no futuro, atendam exatamente os membros de sua comunidade *racial* (pela constatação de que estes relutam em ser admitidos pelos pertencentes a outras etnias).

⁵⁰ Para um exame dessa decisão, confira-se a tradução presente em GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro. São Paulo: RENOVAR, 2001, pp. 245-295

⁵¹ Recentemente, a imprensa noticiou o anúncio de decisão do dia 23 de junho de 2003, da Suprema Corte americana, no sentido de que tal conceito — ação afirmativa — é válido, inclusive do ponto de vista racial (no sentido de autorizar que a universidade busque maior diversidade nesse campo), embora tenha imposto limites, tais como o de proibir a atribuição de pontos em função da *raça* do candidato à vaga na Universidade. Folha de S. Paulo, São Paulo, 24.jun.2003, caderno A, p. 9

O programa se propõe a elevar de modo indireto o padrão geral da qualidade de vida dessas pessoas que, devido a essa evolução, terão mais facilidades para ocupar as vagas, reiniciando o processo, até que, naturalmente, ocorra a integração plena — daí a necessária provisoriedade das políticas de cotas.

De fato, especialmente nos Estados Unidos da América, diversas políticas anti-segregacionistas passam a vigor, seja através da derrubada de processos de *apartheid*, seja através de mecanismos típicos de ação afirmativa mediante cotas étnicas, principalmente a partir da aprovação da Lei de Direitos Civis, de 1964⁵².

De acordo com voto proferido em caso sujeito ao exame da Suprema Corte Norte-Americana em outro caso, citado por J. B. GOMES, “*a boa intenção ou a ausência de ânimo discriminatório não redimem as práticas empregatícias ou os mecanismos de avaliação que funcionam como instrumentos de contenção (do avanço) dos grupos minoritários*” até porque esses instrumento não têm “*nenhuma relação com a mensuração da capacidade de trabalho.*”⁵³

Percebe-se o prestígio tanto à tese do impacto desproporcional das políticas “neutras”, quanto a um sistema de mérito. Neste sentido, sustenta: “*as práticas, os procedimentos ou testes, facialmente neutros, e até mesmo neutros em termos de intenção, não podem perdurar se eles operam no sentido de ‘congelar’ o status quo de práticas empregatícias discriminatórias*”⁵⁴.

⁵² Lei de Direitos Civis, Seção VII, que proclama ser ilegal um empregador “(1) deixar de contratar ou recusar-se a contratar, ou despedir, qualquer indivíduo no que diz respeito à compensação, termos, condições ou privilégios de emprego por causa da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional de tal indivíduo ou (2) limitar, segregar ou classificar seus empregados ou candidatos a emprego de qualquer maneira que prive qualquer indivíduo de oportunidades de emprego ou que afete adversamente sua condição como empregado por causa da raça, cor, religião, sexo ou origem nacional de tal indivíduo.” Sobre as diversas políticas adotadas pelo Governo Americano, consulte-se MENEZES, *A ação...* **cit.**

⁵³ GOMES, *Ação afirmativa ... cit.*, pp. 186-187

⁵⁴ GOMES, *Ação afirmativa ... cit.*, pp. 186-187

Assim se pensa ser possível eliminar obstáculos artificialmente criados (por ignorância, preconceito ou, no caso da escravidão, por decorrência de interesses econômicos passados), facilitando a reintegração ou a emancipação dos setores “excluídos”.

§ 6. Ação afirmativa no Brasil

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (1964), ratificada pelo Brasil em 26/11/1965, iniciara a menção ao problema da discriminação nas relações de emprego, mas foi com a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, que, apesar de combater toda e qualquer discriminação, se admite de modo expreso a discriminação *positiva*.

No artigo 1º, item 4º, essa Convenção estabelece, para os efeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos que “*não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos*” com a ressalva de que não “*conduzam, como consequência, à manutenção de direitos separados para os diferentes grupos raciais e que não prossigam após terem alcançados os seus objetivos.*”⁵⁵

Comentando a Convenção de 1966, F. PIOVESAN observa que o seu espírito é o de eliminar a exclusão através da inclusão, o que exige todavia a adoção de políticas compensatórias que “*acelerem a igualdade enquanto processo*”, para o que “*são essenciais estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e a inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais*”, com vistas a “*garantir a igualdade de fato*”:

⁵⁵ cf. PIOVESAN, *Direitos... cit.*, p. 402

“As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social.”⁵⁶

A Constituição do Brasil, por força do art. 5º, § 2º, reconhece a validade dos tratados internacionais como fonte de direitos e garantias, pelo que estaria validando a adoção de programas de ação afirmativa como autorizados pela referida Convenção, com as restrições ali constantes, particularmente a limitação temporal de tais políticas. C. A. MELLO⁵⁷, interpretando esse dispositivo, entende mesmo que ele “*constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados*”.

G. BESTER esclarece:

“Assunto da hora, mormente na esfera do Direito Constitucional, as Ações Afirmativas - aqui tratadas como “discriminações positivas” ou “discriminações inversas” - inserem-se no âmbito mais amplo dos Direitos Fundamentais da pessoa humana, servindo para demonstrar o quanto os fatos se impõem ao Direito posto, na medida exata em que trazem à superfície as mais variadas discriminações negativas, ou seja, os tratamentos desiguais destinados às pessoas nas esferas política, social, cultural, econômica, culminando na jurídica.”⁵⁸

Trata-se, como observa, de implementar em sua última medida o princípio geral da igualdade, muito caro ao Direito Constitucional dos países ocidentais, herdeiros da tradição iniciada com as revoluções francesa e americana dos fins do Século XVIII.

Como complementa a autora citada:

⁵⁶ PIOVESAN, *Direitos ... cit.*, p. 191-192

⁵⁷ MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. **In:** TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Renovar: 1999, p. 25. O autor propõe uma interpretação heterodoxa do dispositivo, no sentido de “*que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada.*” Contra: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais – teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do brasil – doutrina e jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 304, que diz serem “*atos normativos infraconstitucionais*”.

⁵⁸ BESTER, Gisela Maria. Globalização e previsão de ações afirmativas para a proteção do trabalho das mulheres nas constituições dos países integrantes do mercosul. *Revista Síntese Trabalhista*, nº 114 - DEZ/1998, pág. 146 ss. Porto Alegre: editora Síntese, 1998

“Assim, tem-se que as ações afirmativas estão umbilicalmente atreladas a tentativas de efetivação concreta do princípio da igualdade jurídica, no sentido de que, através delas, as minorias enquanto tais têm o reconhecimento formal de uma espécie de “tutela positiva” por parte do Estado legislador - o que não deixa de ser uma forma de intervenção estatal -, teleologicamente orientada a corrigir situações históricas de patente desigualdade. Evidencia-se, portanto, que a igualdade, embora constante nos textos legais, nem por isso tem o poder de fazer com que as pessoas se sintam igualizadas no terreno dos fatos, ou seja, a titularidade subjetiva do direito ao reconhecimento como iguais não encontra evidente coincidência no campo fático da vida cotidiana. Esta é, em verdade, a constante luta entre as dicotômicas igualdades formal/legal e material/substancial; uma luta antiga, muito mais ampla, que, vindo desde as contraposições ideológicas iniciais entre os modelos de Estado Individualista, Liberal Clássico e Não-Interventor e de Estado Social e Interventor, parece teimar em avançar Século XXI adentro.”⁵⁹

Por seu turno, C. L. ROCHA conceitua ação afirmativa como o conjunto de *“planos e programas governamentais e particulares, pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter, necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas.”*⁶⁰

Essa política de “inclusão social” pode se dar mediante específicos incentivos financeiros (linhas de crédito, p. ex.), tributários (isenções ou reduções fiscais), administrativos (pontos em licitações públicas para empresas que pratiquem políticas inclusivas), educacionais (bolsas ou subvenções) ou outras formas.

Além disso, podem compreender outras iniciativas, seja propiciando uma diferenciação no plano educativo (acesso mais fácil, cursos de curta duração etc.), e patrimonial (distribuição de terras entre os descendentes dos ex-escravos, que ocupam áreas de antigos quilombos) , atuando como instrumento de resgate das minorias⁶¹.

⁵⁹ BESTER, Globalização ... **cit.**

⁶⁰ ROCHA, Ação... **cit.**, p. 285

⁶¹ ROCHA, Ação... **cit.**, p. 285, põe em causa o problema de se designar *minorias* um grupo, o dos *negros e pardos* no Brasil, ou o das mulheres, por exemplo, pois ambos são praticamente iguais numericamente. A expressão é tomada assim num sentido *qualitativo*, para designar os que são desprovidos do poder econômico, político e social, déficit que vai provocar, aí sim, um processo de representação desigual nas esferas de decisão e de comando. Ou seja, são *minorias* no sentido da indicação desse *deficit* de representatividade.

Operam as ações afirmativas no mesmo sentido da corrente de pensamento que substituiu historicamente os modelos de Estado Individualista, Liberal Clássico e Não-Interventor, por um Estado Social intervencionista ou Estado de Solidariedade⁶².

A Constituição de 1988, que, por seu Preâmbulo já houvera declarado a idéia de que “*não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los*”⁶³, estabeleceu de forma inédita na história do constitucionalismo brasileiro, que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são os de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, como se lê nos incisos do art. 3º, autorizando (e, como se verá adiante, possivelmente estabelecendo como dever) a ação afirmativa.

Advirta-se que o propósito das ações afirmativas *raciais* não deve ser encarado sob a idéia de aumentar-se a percepção do sentimento de *raça* como elemento importante na sociedade, mas, exatamente o contrário, sua intenção é a de diminuir sua importância na vida social⁶⁴, isto é, para que o tal fator não seja relevante para o efeito de estabelecer distinções sociais e econômicas, tais como as verificadas em nosso meio.

A ação afirmativa racial exige a necessidade de se aprofundar o debate especificamente voltado à proteção dos seres humanos sob o enfoque da discriminação, dado que mesmo sociedades desenvolvidas e democráticas continuaram a praticá-la, de forma ostensiva ou dissimulada. Para tanto, se impõe uma notícia das iniciativas tomadas no Brasil.

⁶² Cf., dentre outros, sobre o abandono da neutralidade estatal, BESTER. *Globalização ... cit.*, e BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Revista *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2001, pp. 17-59. CASTRO, José Fernando de. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. A propósito da crise do Estado intervencionista, vale registrar, dentre outros, as observações de J. CANOTILHO, no prefácio à segunda edição de sua obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. COIMBRA: Editora Coimbra, 2001.

⁶³ ROCHA, Ação... *cit.*, p. 288

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís C. Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 440

§ 7. Iniciativas sobre critério *racial* na admissão ao serviço público

Ensaia-se nas diversas esferas administrativas a edição de Atos Normativos instituindo *critério raciais (cotas e metas)* para o preenchimento de cargos, empregos e funções públicos⁶⁵.

Foi entretanto com a aprovação, pelo Senado Federal, de um Projeto de Lei garantindo 20% ou mais de vagas em universidades oficiais e em empregos ou cargos públicos a serem preenchidos por concurso⁶⁶. Além desse projeto, tramita pelo Congresso Nacional outro, denominado Estatuto da Igualdade Racial, que contém semelhante disposição.⁶⁷

Podem ser mencionados outros projetos e iniciativas, já adotados no plano federal, de adoção de *critério racial* no acesso ao serviço público — aí compreendidos tanto sistemas de *cotas*, como de *metas*.

O Ministério das Relações Exteriores adota, através de convênio com outros ministérios e instituições, um sistema de metas, outorgando “*bolsas-prêmio de vocação para a diplomacia em favor de estudantes afro-descendentes que venham a candidatar-se ao Instituto Rio Branco*”, de acesso à carreira de diplomata, com vistas “*a propiciar maior igualdade de oportunidades e diversidade étnica... para a formação de diplomatas brasileiros*”. O Edital tornando público o processo seletivo impõe como requisito à candidatura “*ser afro-descendente*”⁶⁸.

⁶⁵ Na esfera federal: Portaria n° 202, de 4.9.2001, do Ministério do Desenvolvimento Agrário, estabelece cotas em concursos públicos de 20%; Na local: Lei 5.202, 10 de outubro de 2002, do Município de Piracicaba, garantindo 20% das vagas em concursos públicos para cargos ou empregos na administração pública direta e indireta; Lei 5.745, de 14 de fevereiro de 2002, do Município de Jundiá, reserva cargos no serviço público, à razão de 20%.

⁶⁶ SF PLS 00650/1999 de 30/11/1999 - “*Institui quotas de ação afirmativa para a população negra no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES). Estabelece quota mínima de vinte por cento para a população negra no preenchimento das vagas aos concursos em cargos públicos, nas instituições de educação dos três níveis de governo, federal, estadual e municipal.*”

⁶⁷ PROJETO DE LEI N° 3198, DE 2000, Do Senhor Paulo Paim - PT/RS, *Institui o Estatuto da Igualdade Racial, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, e dá outras providências.*

⁶⁸ Edital n° 01/2003 - IRBr, de 13.05.2003

Em 13 de maio de 2002, o Presidente da República editou o Decreto nº 4.228 (D.O.U. 14.5.2002), instituindo o Programa Nacional de Ações Afirmativas, na esteira do Decreto 4.229, da mesma data, que dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH.

O Decreto referido, em cumprimento ao PNDH, instituído pelo Decreto 1.904, de 13 de maio de 1996⁶⁹, prevê como “*medidas administrativas e de gestão estratégica*”, inclusive uma política de metas, prevendo a

“observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes... no preenchimento de cargos em comissão do Grupo–Direção e Assessoramento Superiores — DAS”, observada a legislação vigente.”

No lado do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio de Mello, baixou, em dezembro de 2000, edital de licitação para contratação de profissionais para prestação de serviços jornalísticos com cota de 20% para negros.

Enfim, pela Lei Federal nº 10.678 de 23 de maio de 2003, foi instituída a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, a quem, dentre outras tarefas, cabe a “*coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial, na formulação, coordenação e avaliação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade*”⁷⁰, coerentemente com as propostas do atual governo, sem mencionar, porque não é objeto de nossa investigação, sistemas de cotas para acesso a universidades.

A adoção de critério diferencial como modalidade de “ação afirmativa” — compreendidas em geral nesse conceito as ações políticas em que o Estado abre mão de sua neutralidade para promover reparações em situações determinadas — não é todavia novidade no Direito Brasileiro.

⁶⁹ O Plano Nacional de Direitos Humanos - PNDH, de 1996, já previa em seu Anexo I, entre as “propostas de ações governamentais”, **in verbis**: “*Adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos cargos e empregos públicos, inclusive cargos em comissão, de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira.*”

Com efeito, apesar da máxima da igualdade, que deve ser operada “*sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º caput da Constituição Federal), e reiterada no art. 7º, XXX, a própria Carta Fundamental alberga algumas políticas que, *prima facie*, poderiam ser interpretadas como destoantes desses preceitos, como, por exemplo, a adoção de cotas para deficientes físicos em cargos e empregos públicos (art. 37, VIII) e a de incentivos para o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX).

Leis Federais, como é o caso da de nº 8.213, de 24.7.1991, e a das licitações, nº 8.666 de 21.6.1993, art. 24, XX, regulamentam já a questão do acesso privilegiado de deficientes ao serviço público, ou incentivam a contratação pela Administração Pública de associações de portadores de deficiência física para prestação de serviços.

A partir das políticas de inclusão por critério *racial*, generalizando iniciativas até aí localizadas, a questão assumiu relevância tal que justifica uma investigação mais profunda, por reacender o debate que já tem durado um século, sobre os limites de nossa integração racial, e que, nas últimas décadas, tem sido objeto de polêmica nos países onde semelhante política foi adotada.

A justificativa apresentada, ao que se extrai do Parecer exarado no sentido da aprovação da Proposta de Lei do Senado 650⁷¹, colhe como fundamento da proposta o reconhecimento de que os efeitos provocados pela discriminação racial perenizaram-se no país, “*configurando o maior empecilho a construção de uma sociedade brasileira verdadeiramente democrática*”.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 10.678 de 23.mai.2003. D.O.U. 26.5.2003. regulamentada pelo Decreto 4.651/2003

⁷¹ BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 406, de 2002, Sebastião Rocha. Diário do Senado Federal, 22.mai.2002

A discriminação racial reflete-se, como esclarece o Relator, na presença dos cidadãos negros nos cursos de graduação, e, em consequência, também no acesso ao FIES – Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior, bem assim nos cargos de maior *status* e remuneração no setor público, como também nos do setor privado, aparecendo sobre-representados nos cargos de baixos prestígio e remuneração.

Reconhecendo que iniciativas semelhantes já tinham sido tentadas em oportunidades anteriores, sem pleno êxito, vê no momento político atual, particularmente a partir da III Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, realizada em 2001, em Durban, a possibilidade de uma adesão melhor sucedida da sociedade à idéia.

O sistema de cotas, com efeito, seria a modalidade mais “radical” de enfrentamento do problema, convivendo ao lado das metas, que revelam uma tendência mais moderada, e ambas acolhem a tese de que o racismo não foi corretamente solucionado pelas leis repressivas antes aludidas, ao forçar um programa de “convivência plural”, que elimine afinal ou reduza bastante a importância do elemento racial nas relações sociais⁷².

O discurso de apoio aos Projetos de “cotas” entretanto classifica de modo implícito o concurso público, ainda que inserido em nossa tradição constitucional como método democrático de avaliação do mérito para o acesso aos cargos ou empregos públicos, como uma prática discriminatória dissimulada, na medida em que perpetua uma relação injusta *ex radice*, equiparando-se a práticas odiosas verificadas em países onde se verificaram políticas de *apartheid* racial explícito.

Vê, com efeito, na “sub-representação” das raças negra e parda nos cargos mais relevantes da República e nos empregos da iniciativa privada um sintoma da “discriminação de resultados”:

⁷² Cf. Parecer ao projeto 650, *cit.*

“Ao cuidar especificamente da população negra, ele busca compensar os efeitos perenes da perversa prática discriminatória que se mostra, a um só tempo, contemporânea e reforçadora da escravidão de ontem e da desigualdade social de hoje, configurando o maior empecilho à construção de uma sociedade brasileira verdadeiramente democrática.”⁷³

E, com a redação dada ao art. 4º do Projeto de Lei, tenta-se prestigiar também o critério de mérito, ao estabelecer o procedimento único de inscrição⁷⁴: *“Essas modificações logram vincular a questão da justiça social à do mérito pessoal, desautorizando o discurso preconceituoso daqueles que condenam a instituição de cotas para o segmento em debate.”*⁷⁵

A discriminação de resultados é pois apresentada como fundamento da constitucionalidade da ousada medida proposta, não se vendo na possibilidade de uma discriminação “a favor da minoria” os efeitos perversos que aqui foram sugeridos, ainda que em linha de possibilidade.

Esses diplomas e projetos, ao lado de outros já baixados ou em tramitação, além de elevar ao nível normativo a constatação de que o Direito deve enfrentar de algum modo a questão desigualdade racial no Brasil, suscita algumas questões, a partir das quais, cumpre examinar, do ponto de vista da Constituição, os fundamentos possíveis para ações afirmativas dessa modalidade.

⁷³ Cf. parecer ao Projeto 650, **cit.**

⁷⁴ Esta é a redação do artigo, como aprovada: *“Será destinada à cota mínima de vinte por cento para afrobrasileiros que apresentarem a qualificação exigida (...) § 1º O acesso dos candidatos aos benefícios previstos no caput obedecerá a critérios estabelecidos em regulamento, observado o procedimento único de inscrição e seleção.”*

⁷⁵ Cf. parecer ao projeto de Lei 650, **cit.**

SEGUNDA PARTE

AÇÕES AFIRMATIVAS E SEU FUNDAMENTO

“Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, ‘Você está livre para competir com todos os outros’, e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões.”

Lyndon Johnson

CAPÍTULO I

QUESTÕES PRÉVIAS

§ 8. O espaço jurídico como baliza de investigação

Parece ter a doutrina se afastado da busca de um consenso a propósito do significado do Direito depois de reconhecido ser inviável esse propósito, o que todavia não afasta a necessidade da definição de um espaço específico onde pode se desenvolver a discussão sobre a Igualdade do ponto de vista do Direito, um campo diverso do filosófico, histórico, sociológico ou moral, embora neles colha referências. E a igualdade se apresenta como um dos problemas constitucionais que suscita mais dúvidas que respostas.

Conquanto a doutrina do positivismo normativista de KELSEN, adotando a postura metodológica científica, pretenda conhecer o objeto, dizendo *o que é e como é* o Direito⁷⁶, e assim renunciando à tarefa de enunciar juízos de valor (bom ou ruim, verdadeiro ou falso) sobre normas, as quais são apenas válidas ou inválidas, o fato é que desde meados do Século XX, pelo menos, essa postura vem sendo problematizada, abdicando-se, ainda que parcialmente, da idéia de impossibilidade de dizer-se *qual é ou deve ser o direito* a ser observado.

Por exemplo, já no primeiro capítulo da obra que intitulou justamente “*O conceito de Direito*”, H. HART alerta que a pergunta “o que é direito?” mereceu vasta literatura para ser respondida, mas as respostas são de tal diversidade que a perplexidade só aumentou, e, certamente, para tal conclusão terão contribuído o que chamou de “casos duvidosos”.

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4^a ed. Coimbra, Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1979, p. 18

Nesses casos é que normalmente a indagação sobre o que é Direito tende a aflorar e o questionamento se aprofunda e, ainda que, na decisão, se tenha adotado uma ou outra concepção (pois o que se exige do Direito é que deva responder a demandas concretas, e não meras especulações acadêmicas), não necessariamente essa será a mesma que, adiante, em outro desses “casos–limite” poderá ser adotada.

HART, após reconhecer como comum a todos os sistemas jurídicos a existência de alguns elementos, como um mínimo de regras sobre alguns institutos fundamentais, uma jurisdição e uma legislatura, indaga por que persiste a perplexidade sobre o conceito de Direito questionando se poderia se explicar pela presença de *“casos duvidosos, acerca de cuja ‘qualidade jurídica’ não só vacilam os homens cultos comuns, como também os juristas”*.

O autor adverte:

“(…) a existência de tais casos questionáveis ou discutíveis deu origem a uma controvérsia prolongada e de alguma maneira estéril, porém é patente que esses casos não podem explicar as perplexidades sobre a natureza geral do direito, expressadas pela persistente pergunta — o que é direito?”⁷⁷

Apesar desse aviso, esses casos se multiplicam com o aumento da complexidade da sociedade, que, por seu turno, mais e mais vem depositando no Direito a missão de solucioná-los, reduzindo assim o espaço da política.

O jurista, que, por formação, tem sido tradicionalmente avesso à tarefa de desvendar o significado profundo de muitos dos conceitos abstratos com os quais trabalha, é pois chamado com cada vez maior frequência a responder à persistente questão – *qual é o melhor direito?*

⁷⁷ HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Trad. espanhola de Genaro R. Carrio. 2ª edição. México: Editora Nacional 1978. Título original: *The concept of law*. P. 4, em tradução livre: *“Si todo este es de conocimiento común, ¿cómo es que la pregunta ¿que es derecho? ha persistido y ha recibido respuestas tan variadas y extraordinarias? ¿Es porque, además de los casos típicos claros, constituidos por los sistemas jurídicos de los estados modernos, que nadie en su sano juicio dudaría que son sistemas jurídicos, existen también casos dudosos, acerca de cuya ‘calidad jurídica’ no sólo vacilan los hombres cultos comunes, sino también los juristas? (...) Por cierto que la existencia de tales casos cuestionables o discutibles ha dado origen a una controversia prolongada y de alguna manera estéril, pero es patente que esos casos no pueden explicar las perplexidades sobre la naturaleza general del derecho, expresadas por la persistente pregunta ¿qué es derecho?”*

O conceito de Direito é, nesses casos, muitas vezes o problema a ser enfrentado, porquanto, *“como as regras para o uso de palavras não são precisas e exatas, elas permitem a existência de casos nebulosos ou limítrofes nos quais as pessoas falam de maneira um tanto diferente entre si”*⁷⁸ como diz R. DWORKIN — de certo modo atestando a impotência das principais correntes teóricas em obter um conceito unívoco.

A problematização de significados (como o da igualdade) que, nas questões mais simples, seriam óbvios, decorre da adesão mais ou menos universal a posturas semânticas em relação às normas, e, entretanto, nos casos mais complexos, essa complexidade se apresenta como essencial para sua solução, sendo essa, na verdade, quase sempre, uma decisão sobre o significado ou sentido “jurídico” de palavras.

Esses “casos difíceis”, como os denomina DWORKIN, hoje estariam definindo a linha de pensamento sobre o direito, afirmando o autor ser possível, a partir deles, chegar a definir não só *o que é* o Direito, mas *qual é o Direito*, no sentido de se estabelecer um Direito “certo”.

Rejeita esse autor a objeção de que tal propósito — a crença sobre a possibilidade de *“definir um Direito justo e, conseqüentemente um critério de valor para o Direito Positivo”* — não passa de um mal-disfarçado renascimento da “antiga metafísica jusnaturalista” que, desprezando os *“limites entre ciência e política”*⁷⁹, supõe ser possível atribuir tais valores às normas: *“uma justificação do Direito positivo pela Moral apenas é possível quando entre as normas da Moral e as do Direito possa existir contraposição, quando possa existir um Direito moralmente bom e um Direito moralmente mau”*⁸⁰.

⁷⁸ DWORKIN, *O império ... cit.*, p. 4 ss

⁷⁹ KELSEN, *Teoria... cit.*, prefácio, p. 14

⁸⁰ KELSEN, *Teoria... cit.*, p. 105

HART também parece não admitir, pelo excesso de amplitude, que o Direito se constanja por aspectos morais, aceitando embora que numa distinção da Moral, a da Justiça, por ser mais controlável, tenha íntima conexão com o Direito. Reconhece entretanto — coerente com seu *positivismo atenuado* — que o Direito não é apenas uma forma vazia e aberta a qualquer conteúdo, e que “*a justiça ... é, pelo menos, uma condição necessária que deve satisfazer toda eleição legislativa que diga estar guiada pelo bem comum*”⁸¹.

R. DWORKIN, dentre os autores contemporâneos, representa bem a nova posição do jurista, ao postular que “*uma resposta [às questões jurídicas polêmicas] poderia ser demonstrada para todos como correta, de forma incontestável*”, ainda que admita que “*a questão de se podemos ou não ter razão ao considerarmos certa uma resposta é diferente da questão de poder ou não demonstrar que tal resposta é certa*”. Daí, na visão do autor, deve ser dito que “*a controvérsia diz respeito à moral, não à metafísica, e que, entendida como uma questão moral, a tese da inexistência de respostas certas é muito pouco convincente, tanto do ponto de vista moral quanto jurídico*”⁸², valorizando o Direito como meio para a solução dos problemas sociais.

Esse autor responde à persistente pergunta sobre se os direitos podem ser controversos, insistindo em que uma questão, ainda que altamente controversa, não admite “*uma série de respostas aceitáveis*”, como argumentam os críticos, e que não é um mito a afirmação de que “*num caso difícil só existe uma resposta correta*”⁸³.

⁸¹ HART, *El concepto... cit.*, p. 208, em tradução livre: “*Algunos podrían en verdad argüir que todo cuanto puede significar realmente la pretensión de que al elegir entre las pretensiones en conflicto de diferentes clases o intereses se tuvo exclusivamente en mira ‘el bien común’, es que todos los reclamos fueron imparcialmente examinados antes de la decisión. Sea esto verdad o no, parece claro que la justicia en este sentido es, por lo menos, una condición necesaria que debe satisfacer toda elección legislativa que diga estar guiada por el bien común.*”

⁸² DWORKIN, *O império... cit.*, prefácio, p. XIII

⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 446

Não se propõe, todavia, neste espaço, apresentar uma resposta *certa* para a questão formulada: ciente da dificuldade ínsita em tal propósito, satisfaz-se em compreender que há um espaço jurídico, bem definido dos outros, onde atuam atores diferenciados seguindo um método destacado do das demais ciências sociais ou naturais, embora se possa tomar de empréstimo as contribuições destas ciências. O que define esse espaço, e vem simplificar a tarefa de tratar da questão da igualdade, é a consideração de que nele se demandam decisões concretas, não se limitando a especulações acadêmicas.

Assim, qualquer que seja a postura metodológica adotada (axiologicamente neutra ou comprometida com determinados valores ou postulados éticos ou morais), renuncia-se de antemão a dizer *qual é o direito*, no sentido de responder qual é a melhor solução para os problemas suscitados no campo das ações afirmativas, onde se situa a questão proposta.

Isto é, não se tem a ilusão de que, sobre valores de conteúdo jurídico controvertido como os da Justiça, Solidariedade, Igualdade e Mérito, seja possível assumir uma postura entusiástica ou pessimista em relação às ações afirmativas.

Ainda que deixe em aberto a questão de se saber se foi ou não a melhor solução para a indagação sobre esses valores, vê-se maior utilidade na própria apresentação da polêmica do que na adesão a esta ou àquela postura, na medida em que pode fornecer balizas para uma decisão prudente, política ou judicial.

A singularidade do Direito é com efeito a da decisão de caráter imperativo, seja ele entendido como um sistema supra–infra ordenado que se explica na norma fundamental, seja visto como união de regras primárias e secundárias unidas por uma regra de reconhecimento, seja enfim compreendido como integridade (um conjunto de regras moralmente coerente).

As decisões reclamam fundamentação, e, numa sociedade crescentemente complexa, é notável a demanda pelo fortalecimento da sustentação *jurídica* das soluções apresentadas.

Advirta-se porém: mesmo que se perceba como as decisões são centrais, não se vai defender aqui que aí se esgota, pois não seria possível reduzir a investigação sobre o Direito à sua finalidade principal. O que se quer dizer é que espaço jurídico não pode se limitar à especulação acadêmica, da discussão sobre qual a melhor teoria, senão *em função* de um objeto, este sim comum a todas as tendências teóricas, de que com seu instrumental um resultado típico será obtido, seja uma sentença judicial, seja a aprovação de uma lei, seja a edição de um ato administrativo, gerando sempre conseqüências próprias.

Mesmo que na filosofia se perpetue o “conflito de interpretações”, no Direito o problema específico e insuprimível de qualquer solução será pois “qual o seu fundamento?” — é dizer: “*por que temos que cumprir com suas regras ou decisões?*”.

Com essa visão se rejeitam perspectivas ideologizantes, historicistas ou sociologizantes, já que encaram o fenômeno por outro lado (causal), além de outras, que procuram ver no Direito “orientações administrativas ou morais”, “recomendações”, “diretrizes” etc.: o *ser* do Direito é sem dúvida sua juridicidade, mesmo quando se trate de normas *programáticas* ou quando constantes de sua parte *dirigente* (abstraindo da polêmica sobre esses conceitos):

“As normas não podem nascer dos fatos; é ao contrário, o sentido dos fatos ou dos acontecimentos entre os quais nos movemos que lhes vem das normas ou das exigências principais, sem o que os homens não passariam de animais regidos por uma causalidade física”⁸⁴.

Apontar, pois, na Constituição, segundo uma postura “crítico-normativística”⁸⁵, o fundamento para as indagações sobre as ações afirmativas e particularmente sobre algumas políticas envolvendo critérios raciais que vêm sendo introduzidas no direito objetivo será pois o objeto desta investigação.

⁸⁴ FABRE, *O fundamento...*, **cit.**, p. 360

⁸⁵ FABRE, *O fundamento...*, **cit.**, p 249 e ss

Mesmo quando as normas objeto da investigação fixam *princípios, normas, fins e tarefas da Constituição* — possivelmente parte da “Constituição Dirigente” (este um conceito também controverso), que são em grande parte o fundamento de várias das ações afirmativas propostas —, o texto deve ser capaz de indicar todas as possibilidades interpretativas, até por decorrência do princípio da unidade da Constituição, correlato da unidade do ordenamento⁸⁶.

Conforme a lição de S. ROMANO⁸⁷, relativamente ao ordenamento:

“A ordenação estatal, considerada no seu complexo, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro, pressupondo-se reciprocamente, formando-se, unindo-se, modificando-se; são, noutros termos, todos os momentos de uma unidade, que nada mais seria senão uma instituição, e o Estado por sua vez feneceria com a separação de tais elementos: a constituição do Estado é a base e a estrutura que sustém e mantém tal unidade.”

L. R. BARROSO enfeixa o princípio da unidade como um dos princípio de interpretação especificamente constitucional, impondo “*ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas*”, guiado pela “grande bússola” dos “*princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior*”⁸⁸.

Conclui no caminho assim aberto que “*ao intérprete da Constituição, só resta buscar a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra.*”⁸⁹

⁸⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli - editore, s.d.: “*Non potremmo parlare di ordinamento giuridico, se non lo considerassimo qualcosa di unitario.*”

⁸⁷ cf. ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz, São Paulo: Ed. RT, 1977, p. 126

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 188

⁸⁹ BARROSO, *Interpretação... cit.*, p. 190

Daí se seguir um exame da natureza e a força normativa dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, seja porque inscritos na Constituição de 1988 como fundamento das ações afirmativas (como, previamente, se passa a demonstrar), seja porque eventualmente gerarão tensões entre os diversos interesses protegidos, impondo o dever de harmonização.

§ 9. A igualdade e os objetivos da República

Embora o art. 3º da Constituição encerre uma novidade, relativamente às cartas precedentes, não contém a exclusividade da disciplina sobre a matéria, pois, conforme C. R. BASTOS & I. G. MARTINS “*os fins do Estado brasileiro se dessumem tanto do artigo sob comento como de diversos outros da Constituição*”, prestando-se mais a enunciação desse artigo a “*eleva os objetivos ali definidos à categoria de fundamentais*”, e, ainda que não seja sempre possível distinguir com nitidez a diferença entre objetivos e princípios, pode-se dizer que “*objetivo é a instrumentalização do princípio.(...) Os objetivos são, portanto, tarefas, metas, que visam a tornar concretas as mesmas idéias ou propósitos assegurados em forma de princípios pela Constituição.*”⁹⁰

M. G. FERREIRA Fº, vê nesses incisos uma obrigação não propriamente da República Federativa do Brasil, mas do *governo* do Brasil, reconhecendo que a Constituição “*não se põe como uma constituição-garantia, no molde clássico de constituições de inspiração liberal*”, ou seja, vai além de “*simplesmente estabelecer uma organização limitativa do poder, a fim de resguardar a liberdade e os direitos fundamentais do homem.*”⁹¹

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 444. COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. In: MARCÍLIO, Maria Luíza; PUSSOLI, Lafaiete. *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 53 ss, observa, nos arts 1º e 3º da CF, que ali se utiliza “fundamentos” (da República) e “fundamentais” (caráter dos objetivos) com “*o sentido nuclear de razão justificativa*” e, desse modo, são “*as fontes legitimadoras de nossa organização estatal*”, que é baseada no valor da dignidade da pessoa humana.

⁹¹ FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, vol 1 - artigos 1º a 43. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 20.

Parece fora de dúvida que está se firmando modernamente, no contexto do Estado contemporâneo do tipo “promocional”, ou “de solidariedade”, uma nova visão do Estado e da Constituição, demandando pelo que N. BOBBIO denomina uma *teoria funcionalista do direito*, baseada num sistema de “sanções positivas”, i.e., recompensas e prêmios, mais do que simples sanções (propriamente ditas, ou negativas) para o descumprimento do preceito normativo, o que tem alterado a face do Direito, e exigindo dos juristas uma postura diferente, que dê conta do exame do problema da função do Direito⁹².

É dizer: os princípios e valores adotados pela Constituição não se contentariam mais simplesmente com um sancionamento dito *negativo*, exigindo uma postura *positiva*, como se viu por exemplo na transição da Lei Afonso Arinos para as Leis e projetos prevendo critérios *raciais* na admissão para esta ou aquela dignidade, na concessão deste ou daquele benefício.

L. R. BARROSO vai por tal senda, embora admitindo, realisticamente, que “*a correção de vicissitudes crônicas da vida nacional, como a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional, depende antes da superação histórica dos ciclos do atraso, do que de normas jurídicas*”⁹³.

Registra esse autor a mudança de postura do jurista no exame do Novo Direito Constitucional Brasileiro, verificando neste a tendência de superação do “minimalismo constitucional”, onde a Constituição realiza um papel mais procedimental, em favor de uma atitude mais interventiva do Estado, inclusive no sentido da busca de colaboração da sociedade, como de resto já se observa em outros países.

⁹² BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione* - nuovi studi di teoria del diritto. 2^a ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1984, p. 87, que assim resume sua visão a respeito: “*La funzione di un ordinamento giuridico non è solo quella di controllare i comportamenti degli individui, il che può essere ottenuto attraverso la tecnica delle sanzioni negative, ma anche di dirigere i comportamenti verso certi obiettivi prestabiliti*”. Essa noção de “direito dirigista” será objeto da intensa intervenção de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 1^a edição. Coimbra Editora, Limitada: Coimbra: 1982

⁹³ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In *Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 1, 2001, p. 17-59

De tal sorte, as tarefas impostas (ao Governo ou à República) de Redução das desigualdades (art. 3º, III, da CF), a construção de uma sociedade *livre, justa e solidária* (art. 3º, I) e promover o bem de todos, “*sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV) merecerão atenção em particular, na medida em que se admite sejam os fundamentos das políticas de ação afirmativa.

Nesta linha de pensamento, C. L. ROCHA enfatiza que não pode se pôr em dúvida que desses incisos flui uma obrigação dirigida ao Estado de promover tais políticas inclusivas:

“Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa — construir, erradicar, reduzir, promover — são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.”⁹⁴

Trata-se de render homenagem ao princípio da igualdade, tido nesta Constituição, não apenas como regra ou mesmo princípio, mas “*como valor supremo, definidor da essência do sistema estabelecido*”:

“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)”⁹⁵

⁹⁴ ROCHA, Ação... *cit.*, p. 289

⁹⁵ ROCHA, Ação... *cit.*, p. 289. Também cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97-116, para quem o estatuto dos direitos fundamentais é deduzido os princípios fundantes da República, inclusive os objetivos fundamentais, como o da construção de uma sociedade justa, livre e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização, os quais, "consagram, entre nós, a concepção do Estado Social": "*Assim, não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana.*"

De tal arte, a tarefa que se impõe é o exame dos fundamentos para uma ação do Estado num sentido de adequação da máxima da igualdade (art. 5º, **caput**), e de enfrentamento do *paradoxo* a que conduz sua aplicação, numa sociedade como a nossa, onde grassam desigualdades não-razoáveis, de que são exemplo as de origem *racial*.

Se não pode haver dúvida de que os deveres constitucionalmente estabelecidos à República possuem caráter normativo, atuando para além de simples “programas”, então terá razão a autora acima citada quando diz que *“somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos.”*⁹⁶

Por outro lado, se os objetivos fundamentais de reduzir as desigualdades sociais e regionais, de promover o bem de todos sem preconceitos, de construir uma sociedade justa e solidária buscam concretizar os princípios da Justiça, da Igualdade em seus dois sentidos, e da Solidariedade (se este pode ser inferido do texto constitucional), então cumpre indagar da força normativa destes.

§ 10. A força normativa dos objetivos fundamentais

Desde que K. HESSE, em 1959, afirmando a *força normativa* da Constituição, objetou a tese de F. LASSALE, apresentada em 1862, que vem se firmando na doutrina o entendimento de que toda ela, inclusive seus dispositivos programáticos, devem ser respeitados como normas, resultado do que chama de “vontade de Constituição”.

Nas palavras desse autor:

⁹⁶ ROCHA, Ação... **cit.**, p. 289

“Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, que, indubitavelmente constitui a maior garantia de sua força normativa.”⁹⁷

A tese de que a Constituição “jurídica” pouco passava de um “pedaço de papel” frente à Constituição “real”⁹⁸ cede à da normatividade.

A Constituição de 1988, mesmo quando alinha preceitos de difícil definição, como os que se apresentam como fundamento das ações afirmativas, está a impor ao intérprete uma tarefa de investigação do conteúdo jurídico desses conceitos, condição de sua operatividade.

Em outra obra paradigmática a respeito da normatividade da Constituição, exatamente porque publicada no contexto de transição de uma ordem autoritária para democrática, G. DE ENTERRÍA, adotando como pressuposto fundamental que “*a Ciência jurídica não é mais uma ciência política ou social, nem pode intentar ser manejada a partir das categorias ordinárias do conhecimento ou teoria social ou política*”⁹⁹, propõe que todas e cada uma das normas da Carta fundamental, e assim devam ser investigadas do ponto de vista jurídico, como condição de sua eficácia.

⁹⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 27

⁹⁸ LASSALE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Trad. Walter Stöner, Rio de Janeiro: Ed. Laemmert, 1969, p. 117, conclui: “*Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social*”. Com tais palavras, esse autor exortava seus ouvintes a abandonarem ilusões quanto a uma possível força normativa da Constituição desligada dos fatores reais de poder, buscando nesses elementos a origem das possibilidades de poder da Carta.

⁹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional (monografía)*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1985, p. 27, em tradução livre: “*La Ciencia jurídica no es una ciencia política o social más, ni puede intentar manejar-se desde las categorías ordinárias del conocimiento o teoría social o política.*”

Daí, em que pese a presença de elementos na Constituição que nos obrigam a recorrer a outras disciplinas (como Justiça, Igualdade, Solidariedade), o esforço deverá ser dirigido no sentido de uma *“interpretação dos preceitos constitucionais e nos meios de fazê-los efetivos como preceitos jurídicos eficazes”*¹⁰⁰, utilizando para tanto de suas próprias ferramentas.

Esse mister não exclui as normas chamadas programáticas.

P. BONAVIDES, comentando as normas ditas programáticas em nosso meio, vê eficácia vinculante nessas diretrizes, pois a sua compreensão como normas jurídicas *“contribui consideravelmente para reconciliar os dois conceitos da histórica crise constitucional de dois séculos: o conceito **jurídico** e o conceito **político** de Constituição”*¹⁰¹

Força reconhecer que parte da doutrina entende que normas como a que prevê a redução das desigualdades regionais e sociais, por serem programáticas, *“não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram em sua versão negativa”*, investindo os jurisdicionados da *“faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas”*.¹⁰²

Registre-se ainda que um grupo de autores, bem representada por M. G. FERREIRA Fº põe reservas na afirmação de que a Constituição brasileira de 1988 abriga normas programáticas a ensejar uma postura “dirigente” da Carta, ao modo da Carta portuguesa de 1976, por que ao seu ver estas destinam-se a orientar o Estado num sentido socialista:

¹⁰⁰ ENTERRÍA. *La constitución... cit.*, p. 31, onde o autor se opõe a buscar na Constituição somente o seu conceito abstrato, quais as “forças sociais que a sustentam ou ameaçam”, de onde vem os valores que proclama: *“Pero todo eso, que es sin duda importante y nada desdeñable, no puede a los teóricos respectivos en la situación del jurista, que ha de esforzarse en la interpretación de los preceptos constitucionales y en los medios de hacerlos efectivos, como preceitos jurídicos eficaces. Este exige una especial formación, un hábito en el manejo del Derecho y de sus instrumentos, cuya substantividad nadie puede razonablemente poner en duda.”*

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 196 ss

¹⁰² BARROSO, *Interpretação ... cit.*, p. 244

“Sem dúvida, na obra de Canotilho, a idéia de constituição dirigente está vinculada à obra de transformação da sociedade num sentido socialista de inspiração marxista. Disso há ressaibos nesta Constituição, contudo não se pode dizer que ela se proponha a instaurar uma sociedade sem classes no Brasil. Nem mesmo um sistema verdadeiramente socialista.”¹⁰³

De qualquer modo, o acertamento dos rumos sociais passa pela enunciação e decifração dos princípios constitucionais de “baixa densidade normativa” como os referidos, mas não antes de averiguar sua força jurídica.

Razão, nesse andar, parece ter CANOTILHO, quando afirma que, a rigor, normas programáticas no sentido clássico do termo deixaram de existir:

“Marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve dizer-se que hoje não há mais normas constitucionais programáticas. É claro que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que ‘impõem uma actividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é mais o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Mais do que isso, a eventual mediação da instância legiferante na concretização das normas programáticas não significa a dependência deste tipo de normas da *interpositio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.”¹⁰⁴

C. R. BASTOS & I. G. MARTINS concordam que “*hoje não se admite que a ineficácia seja o timbre da Constituição. Pelo contrário, o que se reconhece é que todas as normas têm um mínimo de eficácia*”, muito embora sujeitos a “*graus diferentes de aplicabilidade*”¹⁰⁵.

¹⁰³ FERREIRA Fº, *Comentários... cit.*, p. 20

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 189-190

¹⁰⁵ BASTOS & MARTINS, *Comentários... vol. 1, cit.*, p. 391

Diante de tal posição, que outros autores já adotavam¹⁰⁶, infere-se o reconhecimento do *status* normativo pleno às tarefas e fins do Estado, inclusive no sentido da substituição do problema da “legalidade da Constituição” pelo da constitucionalidade da Lei, ou seja, esta deve se amoldar àquela e nunca o contrário.

Trata-se de justicializar a “constitucionalidade da política”¹⁰⁷: se as direções constitucionais são políticas — se a Constituição é o “estatuto jurídico do político”¹⁰⁸ —, elas exigem atuação legislativa e a vinculação do juiz à legislação e à constituição, numa relação que conduz à idéia de integridade da legislação e da jurisdição.

BARROSO sublinha sobre os princípios constitucionais como o da igualdade: “na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica”¹⁰⁹, e, com isso, abandona-se a ilusão de que se ressentiriam de normatividade.

Nesse passo, os princípios constitucionais, como o da igualdade, elementos estruturantes e de maximização das regras, devem ser distinguidos das normas a serem otimizadas através daqueles, e também dos fins e tarefas constitucionais, estabelecidos através de “normas-fim”, às quais não se estende a mesma “*idoneidade normativa irradiante*”¹¹⁰ reconhecida às demais normas.

As *tarefas* e os *fins* do Estado, como diz CANOTILHO, todavia impõem deveres, no sentido de uma legiferação atualizadora e concretizadora das tarefas determinadas, caso em que o legislador está autorizado a selecionar as determinantes autônomas, só que com marcada vinculação teleológica, pois positivadas as finalidades.

Como conclui o mestre português:

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT 1982

¹⁰⁷ CANOTILHO, *Constituição ... cit.*, p. 275

¹⁰⁸ CANOTILHO, *Direito constitucional, cit.*, p. 34 s

¹⁰⁹ BARROSO, *Fundamentos ... cit.*

“A delimitação da intensidade vinculativa das normas constitucionais impositivas implica a distinção entre imposições constitucionais e *normas programáticas* (essencialmente normas determinadoras dos fins do Estado e normas enunciadoras de tarefas estaduais). As *imposições constitucionais são permanentes mas concretas; as normas determinadoras de tarefas ou definidoras de fins são imposições permanentes mas abstractas.*”¹¹¹

É verdade, por outro lado, que a pós-modernidade impôs uma desilusão, sobre o papel centralista ou “jupiteriano” da Constituição e das constituições modernas pôs em crise o papel efetivo desta na organização e conserto social¹¹²:

“A Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de **abertura** do direito constitucional ao **direito internacional** e aos **direitos supranacionais**... Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional... acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das **políticas públicas** num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.”

Portanto, pode-se dizer que a Carta de 1988 ainda permanece como uma possibilidade de concretização de discursos e propósitos emancipatórios, principalmente em países como o nosso, onde são tão intensas as demandas sociais.

Vê esse mesmo autor que devem ser preservadas as “ilhas de particularismo” — a saber: mulheres, velhos, crianças, grávidas, trabalhadores (e, poderia ser acrescentado, para o caso brasileiro, também os discriminados pela cor de sua pele) —, na medida em que estas exceções “*não constituem um desafio intolerável ao ‘universal’ e ao ‘básico’*. *Exprimem, sim, a indispensabilidade de refrações morais no âmbito do contrato social constitucional*”.¹¹³

¹¹⁰ CANOTILHO, *Constituição... cit.*, p. 283

¹¹¹ CANOTILHO, *Constituição... cit.*, p. 481

¹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. XXIX do prefácio

¹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Conferência proferida in IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizado pela ABDC, Curitiba, 2002

Desse modo, entende que não será possível pela via da desregulação constitucional dos “excluídos da justiça”, eternizar-se a “*separação crescente dos in e dos out*”.

Deve ser deixado fora de dúvida de que a Constituição ocupa-se desses excluídos, restando a necessidade de uma investigação sobre os fundamentos das ações afirmativas, que se colocam à disposição do Governo e da Sociedade.

Nessa investigação não se dispensa um exame dos valores constitucionalmente consagrados da Igualdade em ambos os sentidos, da Justiça, e da Solidariedade, ainda que não se tenha a veleidade de apresentar conclusões definitivas a respeito.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO E O PROBLEMA DA JUSTIÇA

§ 11. O discurso da igualdade como valor da Justiça

Não há propriamente um conceito de Justiça, embora muitas vezes afirmemos, quase sempre de forma intuitiva, que alguma pessoa, norma ou situação é “justa” ou “injusta”, atribuindo-lhe assim uma qualidade, sem grande preocupação quanto ao seu conteúdo.

O Direito incorporou, pela via da razão, esse valor, que, doravante pesará com um sentido jurídico, o que atrai nosso interesse, à vista de uma proposta de política que pretende resgatar alguma justiça, sacrificada no defeituoso processo da integração *racial* no Brasil.

A Constituição, ao estabelecer como dever o da construção da sociedade “justa”, não estará reconhecendo que foi promulgada para reger uma sociedade injusta?¹¹⁴

A discussão sobre a Justiça, entretanto, tem estado sempre presente, dela se ocupando a Filosofia Política e a Filosofia do Direito, além de a sociedade impor como exigência fundamental a realização do valor da Justiça Social. Calha bem, aliás, quanto a isso, a conclusão de D. HUME, citado por F. OPPENHEIM, a propósito da necessidade de discutir-se a questão da Justiça:

“É apenas no egoísmo e na limitada generosidade dos homens — juntamente com os escassos recursos que a natureza colocou à disposição para suas necessidades — que a Justiça tem suas origens... Aumentai a bondade dos homens ou a abundância da natureza em grau suficiente e tereis tornado inútil a Justiça, substituindo-a com virtudes mais nobres e com bençãos mais preciosas”¹¹⁵

¹¹⁴ ROCHA, Ação... *cit.*, p. 289, afirma que a Carta de 1988 adota a idéia de que a República “*não é justa, porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para obrigar o mínimo de condições para todos*”, por isso que determina a construção da “*nova sociedade, segundo os paradigmas constitucionalmente traçados.*”

¹¹⁵ Cf. OPPENHEIM, Felix E. Justiça. *Dicionário de Política*. Org. BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G. Trad. João Ferreira e outros – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 662

No campo de interesse mais restrito do direito, percebemos a justiça sendo invocada, muitas vezes de forma tão intuitiva como o é pelo senso comum, operando como móvel de mudança na jurisprudência e na doutrina, num sentido de afirmar-se que tal ou qual norma, tal ou qual juízo sobre normas está ou não de acordo com regras de Justiça.

Além disso, a Justiça é invocada pelo Direito positivo como requisito para o seu cumprimento, tal como vemos no direito à “justa” indenização, como necessária à desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social.

Interessa-nos a questão da Justiça porque muitas vezes vem confundida com a da igualdade entre as pessoas, e porque a política de ações afirmativas, objeto desta investigação, finca suas raízes também aqui, como se vê, por exemplo, na doutrina de J. RAWLS sobre a Justiça.

Examinando as bases filosófico–constitucionais das ações afirmativas no Direito norte–americano, J. B. GOMES de fato as remete aos dois postulados aristotélicos para a Justiça — Distributiva e Compensatória — as principais correntes doutrinárias que buscam fundamentar tais políticas públicas ou privadas nos Estados Unidos¹¹⁶.

§ 12. Justiça compensatória e ação afirmativa

Diversas classificações podem ser propostas para organizar as doutrinas sobre a justiça, parecendo mais adequada aos nossos propósitos a separação entre o “cognotivismo” e “não–cognotivismo”¹¹⁷, ou, dito por um outro modo, entre os que defendem a possibilidade de encontrar-se a essência da Justiça e os céticos, que negam tal faculdade, distribuindo-se ambas as correntes por diversas doutrinas.

¹¹⁶ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ações afirmativas ... cit.*, p. 61 ss.

¹¹⁷ Cf. OPPENHEIM, Justiça, *cit.*, p.664 s.

Os primeiros afirmam que a verdade de determinados princípios morais pode ser demonstrada com base na intuição, seja moral (como PLATÃO), seja religiosa (AGOSTINHO), seja racional (TOMÁS DE AQUINO).

Os naturalistas entendem que as normas de justiça substancial podem derivar, de generalizações empíricas ou teleológicas, como ARISTÓTELES e sua teoria do *mesotes*, ou definições descritivas de termos éticos (BENTHAM), embora seja problemático definir um conceito normativo a partir de um conceito descritivo: “*de uma afirmação como ‘todos são iguais’ (sob que aspecto?) não se conclui que as normas igualitárias sejam justas*”¹¹⁸

Os jusnaturalistas superaram as tendências religiosas e morais para fixar-se num intuicionismo do tipo racional, tendo sido amplamente criticado no Século XX, até por se ter prestado, em dado momento histórico, à fundamentação de decisões rejeitadas pela consciência comum da humanidade¹¹⁹, mas é ainda invocado diante da reconhecida insuficiência do direito positivo — por definição relativista — de identificar e resolver as indagações sobre a justiça ou injustiça das decisões.

É e sempre será problema dos homens a necessidade de justificar sua conduta (e suas decisões) como absolutamente boa, absolutamente justa, no sentido de encontrar um critério para tal afirmação, e bem assim encontrar o critério para qualificar o Direito como bom ou mau, mas a teoria não poderá fornecer tais parâmetros, dado o relativismo das posições adotadas¹²⁰: uma determinada política pode (e muitas vezes) desagradar alguns na mesma medida em que agrada a outros, que tendem a qualificar como justa ou injusta, dependendo da concepção que adote.

Tem sido assim com as ações afirmativas, como se percebe das discussões trazidas a público em seu país de origem.

¹¹⁸ Cf. OPPENHEIM, *Justiça*, **cit.**, p. 665

¹¹⁹ Refiro-me, por exemplo, à invocação pela jurisprudência alemã do “sadio espírito do povo alemão” para justificar os massacres de judeus e outras minorias

¹²⁰ KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. 2ª ed. Trad. João Baptista Machado – Coimbra: Arménio Amado – Editor Sucessor, 1979, p. 166 ss

PLATÃO focalizou toda sua filosofia política nas normas de Justiça, dentro de sua Teoria das Idéias, para a qual *“as idéias são essências transcendentais que existem num outro mundo, num mundo diferente do perceptível aos nossos sentidos, e, por isso, são inacessíveis ao homem”* representando no essencial valores que devem, na verdade, ser realizados no mundo dos sentidos, *“mas que jamais podem ser aí plenamente realizados”*, sendo a idéia principal a do Bem Absoluto, o qual desempenha o mesmo papel de Deus em quase todas as doutrinas religiosas.¹²¹

A idéia mais importante, do Bem Absoluto, contém em si a de Justiça, que é buscada em todos os Diálogos do filósofo, identificando-se com a busca do próprio bem absoluto, mas à indagação essencial: “o que é o bem?”, ele mesmo não responde.

Nesse sentido, a doutrina platônica influenciou a doutrina cristã, essencialmente baseada na afirmação de que todos os homens devem ser tratados segundo a vontade divina, que expressa o Bem, e o define do Mal, mas a vontade divina é incognoscível. Assim, por exemplo, o princípio de justiça compensatória da denominada Lei de Talião é rejeitado pela nova e verdadeira Justiça do amor ao próximo, inclusive os seus inimigos.

Uma tal lei evidentemente é ofensiva ao senso comum, mas toda a sabedoria dos homens é insensatez diante de Deus, como ensina PAULO, e a filosofia, como conhecimento lógico racional, não é via de acesso à justiça divina, que está encerrada na insondável sabedoria divina, a qual só pode ser revelada através da fé.

Esse pensamento fundamenta a justiça reparadora dos homens, personalizada na autoridade legisladora como delegatária da vontade divina: *“Ela é a serva de Deus, uma vingadora para castigar aquele que faz mal”*¹²², e por consequência conceder o Bem a quem faz o bem.

¹²¹ cf. KELSEN. *A justiça ... cit.*, p. 83

¹²² cf. KELSEN, *A justiça...*, *cit.*, p. 87, citando São Paulo, na Epístola aos Romanos, XIII, 1 ss.

A aspiração pela Justiça, assim entendida como um ideal inatingível, vivendo num plano metafísico, é compreendida como o verdadeiro móvel dos homens, como a equivalente da própria busca da felicidade, que, evidentemente, não pode ser atingida sem Justiça, o que quer dizer: Justiça e felicidade absolutas não existem nesse plano concreto, mas devem ser permanentemente buscadas, daí que somente uma Justiça relativa pode ser alcançada concretamente, e com ela teríamos de nos contentar.

É entretanto da Justiça limitada ou relativa, a única cujas regras e princípios podem (ou não) ser racionalmente alcançadas, que se ocupam as doutrinas, dado que se a Constituição consagrou o valor “justiça” como ínsito à sociedade que deve ser construída por força do texto fundamental não poderá ser limitada a esse sentido metafísico.

§ 13. Justiça Racional ou relativa: as normas da Justiça

Dentre os primeiros pensadores a se ocupar da definição da Justiça num sentido concreto está ARISTÓTELES, classificado como um racionalista do tipo naturalista¹²³, ao ver como justa *“qualquer virtude cuja essência se proponha determinar por um processo igual, ... àquele pelo qual o geômetra pode encontrar o ponto equidistante dos dois extremos de uma linha que divide esta em duas partes iguais”*.

Neste sentido, *“a virtude é o meio entre dois extremos, isto é, entre dois vícios, um por excesso e outro por defeito.”*¹²⁴

ARISTÓTELES pensa assim poder encontrar a virtude da Justiça, propondo que a conduta reta ou justa *“é o meio termo entre praticar a injustiça e sofrer a injustiça”*¹²⁵, cifrando-se em admitir como justa as regras do direito positivo (onde estão estabelecidas as condutas permitidas ou reprovadas).

¹²³ cf. OPPENHEIM. Justiça, **cit.**, p.665 seg.

¹²⁴ cf. KELSEN, *A justiça...*, **cit.**, p. 37

¹²⁵ ARISTÓTELES. *Ética a nicômano*, **cit.**, 1129a, ss.

Essa visão apresenta uma função conservadora, através de uma fórmula vazia tautológica, pois não identifica exatamente o que o bem e o que é o mal, antes pressupõe o conhecimento dos vícios, e por oposição as virtudes, como um conhecimento de algo de per si evidente. Nestas condições, “*é bom o que, segundo a ordem social existente, é bom*”.¹²⁶

As tentativas posteriores de estabelecimento de uma ordem normativa ou uma principiologia que pudesse concretizar o ideal da Justiça pecam, como se disse, pela impossibilidade de, com eles, se chegar à solução de qualquer indagação sobre qual o conteúdo dessas normas ou princípios:

“Os princípios de Justiça expressos em termos normativos são vazios e tautológicos. A nível do rigor lógico é impossível por exemplo, violar a norma invocada de que é justo dar a cada um o que é seu. Os que condenam pessoas aos campos de concentração podem afirmar que estão dando a elas o que elas merecem, isto é, que deveriam receber. Críticas do mesmo tipo podem ser dirigidas a outras fórmulas como *‘uma justa distribuição é aquela em que o valor relativo das coisas dadas corresponde aos valores das pessoas que recebem’* (Aristóteles, Política, 1.280a)”¹²⁷

Essa norma de caráter moral, do *suum cuique*, ou, dar a cada um o que é seu esbarra na indagação “o que é o seu?”, mas essa pergunta não é em absoluto respondido pela fórmula proposta.

“Como aquilo que é devido a cada um é aquilo que lhe deve ser dado, a fórmula **suum cuique** conduz à tautologia de que a cada qual deve ser dado aquilo que lhe deve ser dado. A aplicação desta norma de justiça pressupõe a validade de uma ordem normativa que determine o que é para um o ‘seu’, quer dizer, o que é que lhe é devido, a que é que ele tem direito”

Ora, é fácil, de novo, perceber a função conservadora de uma tal ordem, na medida em que “qualquer que seja a ordem jurídica positiva, ela corresponde à norma de justiça do **suum cuique**, e, conseqüentemente, pode ser estimada como justa.”¹²⁸

¹²⁶ cf. KELSEN, *A justiça...*, cit., p. 37 - 38

¹²⁷ cf. OPPENHEIM, Felix. *Justiça*, cit., p.662

¹²⁸ cf. KELSEN, *A justiça...*, cit., p. 20

Daí poder-se inferir que a adoção de uma política de concessão de benefícios específicos a determinadas pessoas ou categorias pode encontrar fundamento na concepção de justiça distributiva tanto quanto na compensadora, e, dado que a Constituição elegeu a qualidade “justa” para a sociedade que o Estado tem o dever de construir, não se poderá afirmar racionalmente que uma tal regra padeça de “injustiça”, dado que não está em lugar algum objetivamente definido o conteúdo dessa qualidade.

Adiante entretanto alguma crítica merecerá esta posição sobre o fundamento de tal política.

§ 14. Outras concepções tautológicas da Justiça

Outra regra, igualmente vazia, da justiça é a denominada “regra de ouro”, freqüentemente expressa segundo a fórmula “*não faças aos outros o que não queres que te façam a ti*”, ou seja, devemos tratar os outros como gostaríamos de ser tratados.

O carácter conservador ou conformista com a ordem jurídica é evidenciado nessa proposição normativa, na medida em que, ao recorrer ao subjetivismo do “desejo” de cada um:

“Se a regra de ouro, de conformidade com sua intenção, deve funcionar como norma fundamental de uma ordem social, então tem sem dúvida de ser entendida como a norma que manda tratar os outros, não como efectivamente queremos nós próprios ser tratados, mas como devemos querer ser tratados, quer dizer: aplicável não só a nós próprios como também a todos os demais. Mas como é que devemos ser tratados? Qual é o conteúdo desta norma geral? A esta questão, que é decisiva, não dá a regra de ouro qualquer resposta, tal como a fórmula do *suum cuique* não dá qualquer resposta à questão de saber o que é o ‘seu’ de cada um”

Assim, fica pressuposta a admissão de uma ordem normativa que fixe as determinações (regulamentações) decisivas, que prescreva como é que devemos ser tratados, assim se harmonizando com toda e qualquer ordem social, especialmente toda e qualquer ordem jurídica positiva.¹²⁹

¹²⁹ cf. KELSEN, *A justiça...*, cit., p. 23

Também KANT propõe uma fórmula de Justiça, baseado no imperativo categórico, expresso nos seguintes termos: “*age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal*”

130

J. C. SALGADO assim resume os três momentos da idéia kantiana de Justiça, deduzidos do reconhecimento da liberdade e do homem como fim de todas as coisas:

a- Justo é, em primeiro lugar, o que reconhece o único direito natural (inato), a liberdade, como igual para todos os seres racionais (o homem na humanidade);

b- Justo é, de outro lado, o que realiza as liberdades externas de todos os indivíduos, limitadas por um princípio de igualdade, isto é, segundo uma lei universal, no sentido de compatibilizá-las e tornar possível a sociedade organizada (o homem na sociedade civil);

c- Justa é, finalmente, a lei que realiza a liberdade no sentido de autonomia, ou seja, a lei que cada vez mais se aproxima do princípio da racionalidade, criando uma legislação jurídica universal, no sentido de ser a expressão da vontade geral da qual cada um deve participar, como garantia da paz perpétua num reino dos fins (o homem na República e no contexto da sociedade das nações). Este terceiro momento mostra que a liberdade aparece também na esfera política nas duas formas com que se apresentou na esfera moral: negativa e positiva, não impedimento e autonomia que, na política, aparecem nas expressões *liberalismo* e *democracia* (como participação).¹³¹

Tal como as demais proposições, essa pressupõe uma normatividade das “máximas do agir”, por isso que só terá sentido se a conduta inversa for proibida. O diferencial reside numa exigência de justiça social, para a qual o próprio filósofo não dá contribuição, uma vez que o seu pensamento é formalista:

¹³⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Tânia M. Bernkopf e outros. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 115, afirma: “*Mas que lei pode ser então essa, cuja representação, mesmo sem tomar em consideração o efeito que dela se espera, tem de determinar a vontade para que esta se possa chamar boa absolutamente e sem restrição? Uma vez que despojei a vontade de todos os estímulos que lhe poderiam advir da obediência a qualquer lei, nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das ações em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal.*” Este é o “único” imperativo categórico, e do qual derivam os demais imperativos do dever (p. 130)

¹³¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 327-328

“Kant não alcança o conceito de liberdade também como domínio da natureza (o que levaria esse conceito às últimas conseqüências) e, por isso, não pôde pensar uma liberdade e uma igualdade totalmente concretos. Por isso também não colocou a questão da justiça social concebida como a relação com o outro para a realização de uma igualdade e liberdade concretas, ou seja, igualdade de participação na riqueza social pelo critério do mérito de cada um avaliado pelo trabalho, idéia essa que só pôde ser formulada a partir de determinadas condições históricas materiais e espirituais, que não haviam amadurecido a seu tempo.”¹³²

A idéia de fazer de sua própria conduta um padrão para as condutas alheias pressupõe uma adesão às condutas racionalmente fixadas. Isso pode ser dito do egoísmo: se uma pessoa pretendesse adotar tal máxima para si, deveria admitir que todos o adotassem como lei universal e isto seria uma contradição em seus próprios termos.

Todavia, como nada efetivamente impede qualquer um de ser egoísta — ao contrário, é mais provável ser da natureza humana biológica¹³³ e psicológica¹³⁴ o egoísmo —, é apenas da *pressuposição* de que não ser altruísta ou generoso ofenda a alguma lei moral que poderia resultar a obediência a um tal princípio de conduta por um homem que se supõe livre.

¹³² SALGADO, *A idéia...* cit., p. 330

¹³³ DAWKINS. *O gene egoísta*. Trad. Geraldo M. Florshheim. São Paulo: Ed. USP, 1979, p. 23: “Fique advertido que se você desejar, como eu o desejo, construir uma sociedade na qual os indivíduos cooperem generosa e desinteressadamente para um bem comum, você poderá esperar pouca ajuda da natureza biológica. Tentemos *ensinar* generosidade e altruísmo, porque nascemos egoístas. Compreendamos o que nossos próprios genes egoístas tramam, porque assim, pelo menos, poderemos ter a chance de frustrar seus intentos, uma coisa que nenhuma outra espécie jamais aspirou fazer.”

¹³⁴ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Durval Marcondes et. al. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 167, identifica essa tendência: “O elemento de verdade por trás disso tudo, elemento que as pessoas estão tão dispostas a repudiar, é que os homens não são criaturas gentis que desejam ser amadas e que, no máximo, podem defender-se quando atacadas; pelo contrário, são criaturas entre cujos dotes instintivos deve-se levar em conta uma poderosa quota de agressividade.”

Assim, se a afirmação kantiana decorre de ser compreensível ao nível da evidência do que é bom ou mau (o que não precisa ser provado ou mesmo normatizado), o princípio defendido por sua filosofia acaba por levar a outra fórmula vazia de conteúdo, pois igualmente pressupõe-se como válidas determinadas normas gerais (embora racionalmente estabelecidas) onde o bem e o mal estão definidos — ainda que muitas (não todas) dessas regras sejam até intuitivas.

Enfim, qualquer norma de justiça que, em primeira ou última análise, estabeleça: “faz o bem e evita o mal” ou “Os homens devem ser bem tratados e não maltratados” — tal como proposto por TOMÁS DE AQUINO¹³⁵ —, ou, como diz ARISTÓTELES, “uma justa distribuição é aquela em que o valor relativo das coisas dadas corresponde aos valores das pessoas que recebem”¹³⁶ esbarra na pressuposição necessária acerca do que seja “bem”, “mal”, ou do que se entende como o “valor das pessoas”.

§ 15. Conclusão sobre as concepções tautológicas da Justiça

Percebe-se a dificuldade em responder qualquer indagação sobre a Justiça como fundamento das políticas sociais intervencionistas, a partir das premissas postas pelas doutrinas acima resumidas.

Diante disso importa avançar para a compreensão moderna acerca da busca pela Justiça, a propósito de nossa investigação sobre o fundamento das ações afirmativas, se é verdadeira a conclusão de que tais concepções se apresentam como tal na jurisprudência.

Assim leciona P. MENEZES, relativamente ao prestígio que tal concepção de justiça distributiva tem no pensamento jurídico norte-americano, por ele estudado:

¹³⁵ Cf. KELSEN. *A justiça...*, cit., p. 35, citando AQUINO, Tomás de. *Summa theológica*, I-II, art. 2

¹³⁶ Cf. OPPENHEIM, *Justiça*, cit. p. 662, citando ARISTÓTELES. *Política*, 1280a

“A ação afirmativa, como referido, também pode estar associada a uma concepção de justiça distributiva. Para os adeptos dessa linha doutrinária, a ação afirmativa estaria relacionada a uma igualdade proporcional, exigida pelo bem comum, na distribuição de direitos, privilégios e ônus entre os membros da sociedade, que pode ser implementada por meio de vários artifícios. De fato, essa distribuição pode ser efetuada com base na igualdade de oportunidades, esforços, utilidades ou outros critérios, como aqueles apresentados por John Rawls, em sua obra *Uma teoria da justiça*, extremamente conhecida no meio jurídico norte americano. Sob esse ângulo, alguns autores entendem que a simples existência de desigualdades injustificáveis na sociedade — e por decorrência na distribuição de justiça, como, por exemplo as posições de inferioridade a que os negros e as mulheres podem ser relegados apenas em função da raça ou do sexo — seria suficiente para autorizar, por si só, a implantação de políticas de ação afirmativa.”¹³⁷

Na lição de J. B. GOMES, sempre referindo à doutrina norte-americana:

“A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem o direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça.”¹³⁸

Percebe-se claramente aí um raciocínio circular, pois a “justiça” que se exige como pré-existente não tem um conteúdo: às questões — *quais são as condições “efetivamente justas” sob as quais dever-se-ia viver previamente, para que se possa exigir vantagem ou benefício diferenciado? Ou por outra por que critério se elegend “desigualdades injustificáveis”, que devem ser extirpadas?* — não é apresentada uma resposta, salvo com o recurso a outras concepções da justiça, construídas a partir de premissas ideológicas.

¹³⁷ MENEZES, *Ação afirmativa... cit.*, p. 37-38

¹³⁸ GOMES, *Ação afirmativa... cit.*, p. 66

CAPÍTULO III

A CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE JUSTA

§ 16. Construções ideológicas da Justiça

A modernidade empreendeu a construção de idéias de Justiça antagônicas entre “liberais” e “socialistas”, baseadas em concepções prévias de liberdade ou igualdade, que, adiante, fundamentarão as bases atuais da discussão sobre a Justiça e seu propósito de fundamentar um discurso de ação positiva. Fixam-se então dentre as doutrinas modernas sobre a Justiça: Justiça formal e Justiça substancial.

É mais ou menos assente a compreensão de que a Justiça buscada é ou do tipo *distributiva*, no sentido de que podem consistir na outorga de regras que estabeleçam benefícios ou ônus ou mesmo na aplicação dessas regras, ou será *compensatória*, quando implica em obter uma reparação (que pode ser compensação — inclusive quando tiver por escopo “*reabilitar o equilíbrio abalado*” —, ou correção, se importar em punição ao culpado).

Menos usual é a distinção das doutrinas sobre a Justiça entre “Formal” e “Substancial”, por isso que importa extremar uma de outra.

A partir da constatação da impossibilidade mesma de construção de um conceito universal da Justiça, pelo reconhecimento da vacuidade ou circularidade dos raciocínios que a sustentam, tende-se a emprestar-lhes um conteúdo ideológico, como via de acesso às possibilidades de operar como fundamento de qualquer política.

A Justiça formal decorre da compreensão da legitimidade — isto é da justiça mesma — de um dado sistema positivo, de modo que a ação humana será justa se conforme a esse sistema. Ou seja, aqui a Justiça se confunde com a legalidade, ou é a Justiça compreendida como legalidade, como Justiça formal e abstrata e permeável a diversos conteúdos possíveis.

Como observa OPPENHEIM, esse princípio só se distingue das normas vazias ou tautológicas porque “*proíbe aos cidadãos desobedecerem às normas substantivas em vigor no momento*”, além de exigir do Juiz que proceda de maneira imparcial, tratando ao modo aristotélico os casos semelhantes de modo semelhante e os casos diferentes de modo diferente, “*mas apenas no sentido de que ele deveria ter em conta aquelas semelhanças e aquelas diferenças dentre as características pessoais que a própria lei indica especificamente como relevantes*”.¹³⁹

Por seu turno, pelas doutrinas da Justiça substancial, entende-se como insuficiente o princípio da estrita obediência às normas, inclusive as que proíbem a arbitrariedade, pois que isto está suposto no conceito de norma. Assim, busca-se “*especificar quais as semelhanças e quais as diferenças de características pessoais que deveriam ser tomadas como base de um tratamento semelhante ou diferenciado*”¹⁴⁰, o que é o mesmo que dizer: atribuir um *conteúdo* ao conceito formal de Justiça.

Constata o autor: “*a investigação histórica da Justiça social consistiu na ampla tentativa de eliminar determinadas diferenças como base para uma identidade de tratamento*”¹⁴¹.

Daí decorre que algumas condutas ou medidas, ainda que de acordo com a lei, podem ser injustas e, reciprocamente, outras, ilegais, podem ser justas: não há aí um parâmetro para a desobediência às normas, mas, sim, para a crítica, que poderá ser construtiva, no sentido de corrigir-se a legislação ou a jurisprudência, ou destrutiva, se o conteúdo do comando de uma norma legal implicar em sua irrazoabilidade, eleito como um dos modernos parâmetros de averiguação da compatibilidade constitucional das normas. No limite, a injustiça leva à insurreição contra a ordem estabelecida.

¹³⁹ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, **cit.**, p. 662-663

¹⁴⁰ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, **cit.**, p. 662-663

¹⁴¹ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, **cit.**, p. 663, citando FRANKENA, in *Social justice*

§ 17. Enfoque economicista: as doutrinas socialistas

K. MARX e F. ENGELS não reconhecem qualquer possibilidade de Justiça nas leis do mercado e, assim, só na superação da ordem burguesa é que se poderia alcançar a realização do bem comum.

No *Manifesto do Partido Comunista*, após a tomada do poder pelo proletariado, sugere-se com efeito uma série de medidas *despóticas* contra as bases do capitalismo, com vistas a instaurar um novo modo de produção, e, com isso, pôr fim aos antagonismos de classe, destruindo as antigas relações de produção, e, com elas, a dominação *classista*.

Sendo a classe operária a única e dominante, não tem sentido falar-se mais em classes, de sorte a inaugurar uma nova ordem, totalmente diversa da anterior: “*Em lugar da antiga sociedade burguesa, com suas classes e antagonismos de classes, surge uma associação onde o livre desenvolvimento de cada um é a condição do livre desenvolvimento de todos*”¹⁴²

O pensamento marxista assim conta efetivamente com uma generosidade ínsita ao ser humano, rendendo homenagem à tese rousseuniana do homem naturalmente bom. Contudo, essas qualidades se acham contidas pelo modo de produção capitalista, e a utopia comunista é francamente baseada nesse espírito. Nesse verdadeiro “projeto de homem”, MARX ilustra bem sua convicção ao citar o pensamento do autor do *Contrato Social*, a cuja proposta adere:

“Quem ousa empreender a instituição de um povo deve sentir-se capaz de *mudar*, por assim dizer, a *natureza humana*, de *transformar* cada indivíduo que, por si mesmo, é um todo perfeito e solitário, em *parte* de um todo maior do qual esse indivíduo receba, de algum modo, sua vida e seu ser, de substituir a existência física e independente por uma *existência parcial e moral*.”¹⁴³

A revolução burguesa todavia não fez nascer esse *novo Homem*:

¹⁴² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Trad. João Castinheira, disponível em < www.basque-red.net/gap/arquivo/marxg/marxg1b.htm >. Acesso em 1º ago. 2003

¹⁴³ MARX, Karl. A sagrada família, trad. Maria Elisa Mascarenhas, in IANNI, Octávio (org.). *Marx - sociologia*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Ática, 1980, p. 197 - em francês no original.

“A sociedade feudal estava dissolvida em seu fundamento, no *Homem*. Mas no *Homem*, tal como se apresentava em seu fundamento, no *Homem egoísta*. Esse *Homem*, membro da sociedade burguesa, é agora a base, a premissa do Estado *político*. E, como tal, é reconhecido por ele nos direitos humanos.”¹⁴⁴

O rompimento com a velha ordem fez com que se rompessem “as cadeias que prendiam o espírito egoísta da sociedade civil”. Nesse sentido, “a liberdade do egoísta e o reconhecimento dessa liberdade são, antes, o reconhecimento do movimento **desenfreado** dos elementos materiais e espirituais que formam seu conteúdo de vida”¹⁴⁵.

A verdadeira emancipação distingue-se da que foi promovida pela Revolução Burguesa: “a emancipação política é a redução do *Homem*, de uma parte, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo **egoísta independente** e, de outra parte, a **cidadão do Estado**, a pessoa moral.”¹⁴⁶

Enuncia assim o pensador sua aspiração de humanidade:

“Só quando o homem individual real readquire em si o cidadão abstrato e se converte, como homem individual, em *ser genérico*, em seu trabalho individual e em suas relações individuais; só quando o homem reconhece e organiza suas *forces propres* como forças *sociais*, e quando, portanto, não separa de si a força social sob a forma de força *política*, só então se realiza a emancipação humana.”¹⁴⁷

Esse novo ser humano só poderia surgir no seio da sociedade comunista. Não crê em qualquer possibilidade sequer de instauração de uma discussão sobre uma ordem social justa dentro do capitalismo, nem vê no direito uma chance de se concretizar essa aspiração.

A ordem liberal erigida sob as regras do mercado contempla como *justas* as relações em que está presente a exploração do trabalho humano e a sua desvalorização, como condição para obter lucro:

¹⁴⁴ MARX, A sagrada ... **cit.**, p. 196

¹⁴⁵ MARX, A sagrada ... **cit.**, p. 196

¹⁴⁶ MARX, A sagrada ... **cit.**, p. 198

¹⁴⁷ MARX, A sagrada ... **cit.**, p. 198

“O fato de que a mais-valia criada pela mão-de-obra redunde em benefício do capitalista ‘é um elemento de particular interesse para o comprador, mas com base nas leis que regulam a troca das mercadorias isso não representa na verdade uma injustiça em relação ao vendedor.’”¹⁴⁸

Ou seja: dentro da concepção capitalista de direito, essas transações podem ser formalmente justas, i.e., de acordo com o direito ditado por um Estado comprometido com uma ordem intrinsecamente injusta.

Com essa conclusão, afasta a possibilidade de correção do capitalismo através de uma distribuição “mais justa” das riquezas, que no máximo levaria a amenizar a contradição típica nesse modo de produção.

Propõe ao contrário a abolição do próprio sistema de produção e reprodução, o qual, ainda que pudesse um dia a ser considerado “mais justo”, continuaria sendo indesejável, do ponto de vista dos explorados.

Assim sendo, dentro do capitalismo não se pode criar a Justiça: *“a verdadeira igualdade e, portanto a verdadeira ... justiça apenas poderia ser realizada na economia comunista do futuro que valerá segundo a regra: cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades”*¹⁴⁹. Com isso somente seria possível uma justiça na distribuição do salário que levasse em conta certas desigualdades, presentes nas necessidades e nas capacidades de produção de cada um, as quais são ignoradas pela ordem social capitalista.

MARX não adere a um princípio de igualdade, entendido como o mandamento de tratar a todos igualmente, mas tratar desigualmente o que é desigual, ou seja, a sua concepção de Justiça não se identifica com a igualdade entre todos.

Corresponderia mais aproximadamente ao ideal platônico de que cada um apenas produza segundo suas capacidades, para atender às suas necessidades, de acordo com a fórmula de Justiça expressa no *Manifesto*.

¹⁴⁸ cf. OPPENHEIM, Justiça, **cit.**, p. 663, citando *Anti-Düring*, de F. ENGELS

¹⁴⁹ cf. KELSEN, *A justiça...*, **cit.**, p. 51-2

§ 18. Crítica à concepção socialista de Justiça

Mesmo na utopia comunista, há uma ordem que *determina* ao indivíduo o que ele deve produzir — até porque sem isso, suas necessidades (a segunda parte da fórmula) não serão satisfeitas —, com o que fica sem resposta a contradição de impor-se, a partir dessa instância externa, um comportamento no sentido da atenção à norma de produção.

Uma tal ordem “*não corre o risco de ser violada, pois que cada um produzirá voluntariamente aquilo que a ordem social o obriga*”¹⁵⁰. Como tal utopia não foi em momento algum realizada, o Estado socialista *real* fortaleceu-se e se tornou mais repressivo que os das ordens capitalistas que combatia.

Igualmente sem resposta ficou a questão do que se deve compreender como as necessidades do indivíduo, se aquilo que ele de fato sente como necessidade (e, portanto, se essas necessidades subjetivamente afirmadas devem ser satisfeitas), ou se devem ser satisfeitas as necessidades estabelecidas pela ordem social, segundo os meios por ela estabelecidos.

Como a proposta comunista pretende superar o egoísmo, libertando o novo homem projetado é de se supor que a segunda alternativa seja a correta, para a realização completa da felicidade humana, no sentido, claro está, da utopia comunista.

Entretanto, é mais fácil supor que a felicidade de cada um está (ou pode estar) em conflito com a felicidade do outro, e não, como admitiria o marxismo, que todos pudessem estar sempre satisfeitos, e, assim, cumprindo voluntariamente com seus deveres de produção.

A observação de KELSEN, aqui citado por O. CORREAS parece ter cabimento aqui:

¹⁵⁰ cf. KELSEN, *A justiça...*, cit., p. 55

“O capitalismo malvado faz mal ao homem, o torna delinqüente, uma pessoa socialmente daninha; isto é o que ensina o marxismo. Só que talvez, o capitalismo só é possível porque este sistema reprovável de exploração corresponde sem embargo e em certo modo à natureza do homem, porque existe no homem um impulso irresistível a fazer os demais trabalharem para um, ou melhor, em termos gerais, a utilizar os demais homens como meios para os próprios fins.”¹⁵¹

Ou seja, não é da natureza humana esperar que os homens assim procedam, ao menos voluntariamente: ao contrário, o mais provável, e como se fato se verificou, no atual estágio da evolução da civilização não é sequer razoável imaginar um tal desprendimento, salvo se todos pudessem, a partir de um consenso estabelecido, limitar suas necessidades, em total harmonia, ou seja, uma espontânea renúncia àquele *plus*, que de fato está na raiz do conflito identificado com a ordem capitalista.¹⁵²

Um princípio de justiça apto a fundar um programa de ação afirmativa assim não poderia contar com semelhante generosidade. É de se supor, pelo nível e pela quantidade de conflitos potencialmente existentes, que grande parte das pessoas relutaria em acatar, sem mais, semelhante programa, ainda que reconheça a necessidade de integração dos excluídos.

¹⁵¹ CORREAS, Óscar. *Kelsen y los marxistas*. México, DF: Ediciones Coyoacán, 1994, p. 78-9, em tradução livre: *"El capitalismo malvado hace malo al hombre, lo vuelve delincuente, una persona socialmente dañina; este es lo que enseña el marxismo. Sólo que tal vez, el capitalismo sólo es posible porque este sistema reprobable de explotación corresponde sin embargo en cierto modo a la naturaleza del hombre, porque existe en el hombre un impulso irresistible a hacer que los demás trabajen para uno, o más bien, en términos generales, a utilizar a los demás hombres como medios para los propios fines... La confianza en una comunidad solidaria, en la que todos tienen una sola y, en consecuencia, buena voluntad, se basa o en el desconocimiento de la naturaleza humana o en la confianza en la posibilidad de su cambio radical"*.

¹⁵² FREUD, *O mal estar... cit.*, p. 168: *"Os comunistas acreditam ter descoberto o caminho para nos livrar de nossos males. Segundo eles, o homem é inteiramente bom e bem disposto para com seu próximo, mas a instituição da propriedade privada corrompeu-lhe a natureza. A propriedade da riqueza privada confere poder ao indivíduo e, com ele, a tentação de maltratar o próximo, ao passo que o homem excluído da posse está fadado a se rebelar hostilmente contra seu opressor. Se a propriedade privada fosse abolida, possuída em comum toda riqueza e permitida a todos a partilha de sua fruição, a má vontade e a hostilidade desapareceriam entre os homens. Como as necessidades de todos seriam satisfeitas, ninguém teria razão alguma para encarar outrem como inimigo; todos, de boa vontade, emprenderiam o trabalho que se fizesse necessário. Não estou interessado em nenhuma crítica econômica do sistema comunista; não posso investigar se a abolição da propriedade privada é conveniente ou vantajosa. Mas sou capaz de reconhecer que as premissas psicológicas em que o sistema se baseia são uma ilusão insustentável. Abolindo a propriedade privada, privamos o amor humano da agressão de um de seus instrumentos, decerto forte, embora, decerto também, não o mais forte; de maneira alguma, porém, alteramos as diferenças em poder e influência que são mal empregadas pela agressividade, nem tampouco alteramos nada em sua natureza. A agressividade não foi criada pela propriedade."*

De qualquer forma, a proposta marxista parece retornar ao *suum cuique*, pois supõe um ordenamento que afinal estabeleceria as necessidades, e, por conseguinte, as metas de produção, segundo a capacidade de cada qual, também pré-fixada. Ou seja, a proposta de dar a cada um o que é seu não é possível sem que antes fique respondida a questão “o que é o seu?”, e, senão numa ordem (moral ou jurídica), tal pergunta não é respondida.¹⁵³

Daí a concepção de justiça marxista conduz ao formalismo, na medida em que apenas num ordenamento social as diretrizes, postas pela teoria comunista (de rejeição da economia de mercado em prol da economia planificada), poderiam ser eficientemente estabelecidas.

Se não é o caso de tachar desde logo como “completamente irrealizável” um desiderato nesse sentido (que parece ter certa proximidade com o jusnaturalismo¹⁵⁴), pode ser afirmado que com esse viés a concepção de justiça socialista não pode fundar qualquer princípio de ação afirmativa: realizada a utopia comunista, não tem sequer sentido pensar-se na correção de injustiças passadas, porque os defeitos humanos, que residem na raiz dessas distinções iníquas, seriam corrigidos.

Qualquer que seja a crítica que se dirija à percepção marxista do problema da justiça, não há como negar que os Estados que adotaram as propostas social-democráticas deixaram-se influenciar por muitas das contribuições deixadas por seu pensamento, inclusive as pertinentes à compreensão da comunidade como um lugar onde todos partilham de uma responsabilidade comum, um seja, uma parcial renúncia ao individualismo, ainda que forçada pelo Estado, está também na fundamentação da doutrina da ação afirmativa.

Por outro lado, o reconhecimento de que as necessidades humanas devem ser atendidas, parece ter influenciado significativamente o pensamento jurídico que funda as políticas corretivas.

¹⁵³ cf. KELSEN, *A justiça...*, cit., p. 56-7

¹⁵⁴ Cf. CORREAS, *Kelsen ... cit.*, p. 248 ss.

§ 19. Enfoque contratualista: as doutrinas liberais

As assertivas no sentido de que será justo quem “*realiza as liberdades externas de todos os indivíduos, limitadas por um princípio de igualdade, isto é, segundo uma lei universal, no sentido de compatibilizá-las e tornar possível a sociedade organizada*”¹⁵⁵ e, portanto, “*é justa toda e qualquer ação segundo cuja máxima a liberdade do arbítrio de cada um se pode conciliar com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal*”¹⁵⁶, extraídas do pensamento kantiano, demonstram o pensamento liberal sobre a Justiça, que terá forte influência sobre as concepções que se seguiram, inclusive aquelas que, adiante, fundarão propostas de políticas públicas de correção de injustiças perenizadas.

Essas doutrinas partem de um pressuposto ordenamento jurídico, onde o reconhecimento dos limites das liberdades alheias pode vir a ser admitido, inclusive mediante coação de outros, para garantir a liberdade de cada um. Diz-se por isso que todos são igualmente livres, ou têm um direito à igual parcela de liberdade.

Nesse sentido, a liberdade não é entendida como libertação *da* ordem jurídica, mas *sob a ordem jurídica*. Essa premissa básica já havia sido defendida por J. J. ROUSSEAU que aprimora a idéia de Justiça como liberdade, adotando-se um jusnaturalismo individualista para expor a idéia do contrato social.

Sustenta-se um princípio de coação para justificar a atuação do direito no sentido da garantia das liberdades:

¹⁵⁵ cf. SALGADO, *A idéia ... cit.*, p. 327

¹⁵⁶ cf. KELSEN, *A justiça..., cit.*, p. 62

“Ora, tudo o que é injusto é um impedimento da liberdade segundo leis universais. A coação, por seu turno, é um impedimento ou oposição que acontece à liberdade. Conseqüentemente: quando um certo uso da própria liberdade é um obstáculo à liberdade segundo leis universais (quer dizer, é injusto), a coação que a tal uso é oposta concilia-se, como impedimento de um obstáculo à liberdade, com a liberdade segundo leis universais, isto é, justa.”¹⁵⁷

É assim fundamentado o pensamento contraditório de que os homens poderiam ser *compelidos* a ser livres, coação instaurada no seio de uma ordem social instaurada através do acordo dos que lhe são subordinados, um contrato ou deliberação unânime, de modo que somente uma tal ordem social se poderia entender como justa.

N. BOBBIO leciona que a proposta kantiana efetivamente volta-se à definição não do que *é* o direito, mas como este *deve ser*, e, assim, é um problema de Justiça, “*ou seja, do critério com base no qual seja possível distinguir o que é justo do que é injusto... aquilo que deveria ser o direito para corresponder ao ideal de justiça*”¹⁵⁸.

É uma forma de justiça que não define o conteúdo da ordem jurídica — ou seja, não traz fórmulas fixas —, admitindo-se que se imiscua na esfera de liberdade do indivíduo, porém apenas no sentido de assegurar a maior autonomia possível, o que leva a exigir que a competência do Estado seja reduzida a um mínimo, com o menor sacrifício à liberdade individual, eleita como objetivo, assim se definindo o ideal de Justiça das democracias liberais, em oposição à proposta socialista.

BOBBIO alinha-se ao entendimento kelseniano da redução do conceito kantiano de justiça à liberdade. Olhando através da história do pensamento, agrupa em três vertentes as concepções de justiça: i) como ordem ii) como igualdade e iii) como liberdade, onde o fim último do direito é “*garantir a expressão máxima da personalidade*”, e, assim, é concebido como um conjunto de limites às liberdades individuais, diante do que sua teoria se apresenta como “*um dos fundamentos teóricos do estado liberal*”.¹⁵⁹

¹⁵⁷ cf. KELSEN, *A justiça...*, **cit.**, p. 64

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 71

¹⁵⁹ BOBBIO, *Direito...* **cit.**, p. 73-74

Nesse sentido, é também uma teoria de justiça formalista, dado que admitirá como justa a atuação segundo as normas postas pelo sistema jurídico baixado segundo as diretrizes da democracia liberal — tanto que em muitos países que a adotam o poder judiciário é identificado com “a Justiça” —, isto é: na aplicação equitativa do Direito, baixado na conformidade as cláusulas desse contrato social, se alcançaria o maior grau possível de Justiça.

“Se... a injustiça consiste em colocar obstáculos contra a liberdade, a justiça deverá consistir em eliminar esses obstáculos, ou seja, fazer com que cada um possa usufruir da liberdade que lhe pode ser consentida pela liberdade igual dos outros, entendendo por liberdade aquela esfera na qual não se é obstaculado, em suma, a esfera do *não-impedimento*.”¹⁶⁰

Cabe observar, com BOBBIO, que o conceito de liberdade dirige-se muito mais à pessoa individual do que à sociedade, compreendida esta como destinatária do valor Justiça, na medida em que justiça é uma exigência correspectiva, isto é, não tem muito sentido senão nos confrontos entre os homens, reunidos em sociedade.¹⁶¹

“Igualdade é freqüentemente substituída por Justiça no binômio Justiça e liberdade. Somente porque soa melhor? A precedência de uma ou de outra palavra depende também do contexto histórico. As vítimas de um poder opressivo podem, antes de mais nada, liberdade. Diante de um poder arbitrário, pedem justiça. Diante de um poder despótico, que seja ao mesmo tempo opressivo e arbitrário, a exigência de liberdade não pode se separar da exigência de justiça.”¹⁶²

A liberdade fundamentalmente estabelecida reside em não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude da lei, como se garante no art. 5º, inciso II, da Constituição brasileira de 1988.

Se a Carta adota uma concepção liberal da igualdade, inclusive como fundamento para adoção de políticas de *inclusão social*, então o direito de todos ou de muitos não pode ser sobreposto ao de um, ou de poucos, impondo uma *calibragem* das ações afirmativas, particularmente quando se pensa nelas sob critério *racial*.

¹⁶⁰ BOBBIO, *Direito... cit.*, p. 74

¹⁶¹ cf.. BOBBIO, *Igualdade ... cit.*, p. 7

¹⁶² cf. BOBBIO, *Igualdade... cit.*, p. 7

De fato, como salienta SALGADO sobre a contribuição do pensamento kantiano à Justiça social, este é baseado na consideração do homem como um fim em si mesmo, qualidade que decorre imediatamente da liberdade, e que lhe propicia “*um mérito próprio, originário, que não se avalia pela utilidade que possa ter (como meio) para alguma coisa*”:

“A justiça social, para não ser abstrata, tem de traduzir-se no proveito individual (de cada um) do produto de seu trabalho individual. Se limitarmos, porém, o conceito de justiça social a ‘dar a cada um, segundo seu mérito avaliado pelo trabalho’, reduziremos o seu fundamento a uma atividade puramente mecânica (instrumental) ou fabricadora do homem (poiética).”¹⁶³

Encadeando pois os valores liberdade e igualdade, conclui-se que todos e cada um temos o *direito igual à maior parcela possível de liberdade*, que deve ser assegurada pelo Estado. Um pensamento assim estruturado poderá fundar políticas *inclusivas*, na medida em que conclua ser necessária uma ação da coletividade para assegurar tal carga equitativa de liberdade àqueles desprovidos desse direito.

Nesse andar, observa C. L. ROCHA, o art. 3º de nossa Constituição contém uma declaração e uma exortação, relativamente à liberdade:

“Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que não dispondo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa.”¹⁶⁴

A determinação, assim, é no sentido de que a “nova sociedade”, a ser construída, seja livre, isto é, que supere os obstáculos postos pela realidade da discriminação, e que estaria na raiz dos problemas de marginalização de parcelas significativas da sociedade da liberdade assegurada.

¹⁶³ SALGADO, *A idéia...* cit., p. 333

¹⁶⁴ ROCHA, *Ação...* cit., p. 289

J. RAWLS, na atualidade, estabeleceu as bases de um pensamento liberal fundante das políticas afirmativas nos Estados Unidos — onde tais ações vêm sendo adotadas há mais tempo —, com sua hoje clássica *Teoria da Justiça*, basicamente uma proposta de “*produção de uma teoria da justiça que seja uma alternativa viável*” às doutrinas utilitaristas e conceitos intuitivos, e por isso merecerá atenção em parágrafo destacado.

§ 20. A justiça como eqüidade: a tese de J. Rawls

O pensamento de J. RAWLS ancora-se em bases claramente liberais, tais como o de que nenhuma busca de benefício justifica qualquer sacrifício da liberdade, e por postulados fundamentais, tais como o de que “*cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras*”.¹⁶⁵

Essa exigência, contudo, não exclui o reconhecimento de que “*as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos*”, isto é, em condições de “*igualdade eqüitativa de oportunidades*”.¹⁶⁶

Cognotivista, o filósofo passa então a desenvolver uma *estratégia* para alcançar a Justiça, a partir da consideração de que estamos reunidos em sociedade por um contrato social, conceito cuja abstração deve ser elevada e generalizada para se chegar a alguns consensos, apurados no que chama de “*posição original*”.

Esse postulado implica na desconsideração — não real, mas pressuposta — de todas as condições de fato que apresentamos (de riqueza, *status* social, educação, virtudes ou deméritos), de modo que todas as desigualdades inatas ou adquiridas são desprezadas no momento do estabelecimento de nossas necessidades fundamentais.

¹⁶⁵ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 64

A partir da posição original, é estabelecida qual a distribuição ou a redistribuição dos benefícios que poderá corresponder a uma idéia de Justiça, baseada na equidade e erigida sobre princípios.

A essa proposição principal de “justiça como equidade”, corresponde então o conjunto de princípios adotados pelas pessoas livres e racionais, reunidas pelos mesmos interesses, numa posição prévia de igualdade, aptos a regular todos os futuros interesses, especificar os gêneros de cooperação social que poderiam ser incluídos no governo e as formas de governo.

A posição original corresponderia *grosso modo* ao “estado de natureza” de pensadores como J. LOCKE e J. J. ROUSSEAU, dispensando-se todavia a demonstração da historicidade dessa condição, porque a ela se chega por puro exercício do raciocínio — é um estado hipotético, já que de ninguém poderia ser razoavelmente exigido conhecer a sua posição original.

Essa abstração permite que ninguém tome suas vantagens pré-existentes como dado estabelecido aprioristicamente para definir seus conceitos e exigências, implicando na desconsideração de aspectos puramente acidentais, como, por exemplo, a cor da pele, já que, reduzidos a essa condição inicial, somos por assim dizer “inocentes” ou “ignorantes”¹⁶⁷, e dispomos apenas de nossa razão para fixarmos nossas demandas.

A racionalidade humana, também suposta nessa teoria, tende a adotar a equidade, como meio de estabelecimento de condições que não desequilibrem para qualquer lado a decisão sobre os temas postos em debate, isto é, exigirão naturalmente direitos e deveres iguais, uma igualdade de bem estar e de recursos. Essa proposta implica numa rejeição do pessimismo hobbesiano.

¹⁶⁶ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 88

¹⁶⁷ KOLM, Serge Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 211 s.

Anuladas todas as “vantagens naturais” iniciais, porque tidas como “fortuitas”, podem ser estabelecidos os princípios de Justiça, dentre os quais o da igualdade de oportunidades, que tem de ser combinado ao princípio da diferença, mas de modo que daí resulte vantagem para a sociedade como um todo.

Com efeito, de acordo com esse autor, *“as maiores expectativas daqueles em melhor situação são justas se, e somente se, funcionam como parte de um esquema que melhora as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade”*.¹⁶⁸

A questão do mérito ou dos talentos naturais, encarada na segunda parte do segundo princípio da genuína igualdade eqüitativa de oportunidades é enfrentada em sua doutrina a partir da consideração de que *“desigualdades imerecidas exigem reparação; e como desigualdades de nascimento e dotes naturais são imerecidas, elas devem ser de alguma forma compensadas”*, compreensão que justifica a proposta básica de que *“a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis”*¹⁶⁹, e não ao contrário.

A contribuição da *Teoria da Justiça* para uma fundamentação do conceito constitucional de “sociedade justa” como objetivo a ser perseguido pelo Estado deve ser ressaltada, já que RAWLS se propõe a uma revisão do imperativo categórico kantiano, que será também uma contribuição para a filosofia do Direito.

¹⁶⁸ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 79-80

¹⁶⁹ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 107

Embora não pretenda fundar filosoficamente o Direito, mas sim o “*de fornecer uma justificação do ‘direito social’*”, tirando assim a noção de Justiça do “*impasse em que ela ficou acuada*”, através da construção do conceito da “*igualdade democrática*”, oposta ao utilitarismo de autores como BENTHAM e S. MILL (que implica no cálculo de interesses para se obter a maior felicidade coletiva, e que também é uma das vertentes, embora minoritariamente defendida, da fundamentação das ações afirmativas¹⁷⁰).

“A ‘igualdade democrática’ não se identifica, portanto, nem com a igualdade natural, nem com a igualdade liberal; é uma *equality of opportunity*, uma das grandes conquistas do homem moderno que soube libertar-se da sociedade de ordens do Antigo Regime”¹⁷¹.

Não basta pois “*que cada um...seja considerado igual a qualquer outro, mas que, para aqueles que a natureza ou as circunstâncias desfavoreceram, funcione o princípio da reparação das situações*”, como observa S. G. FABRE¹⁷², que vê aí uma possível via de “salvação” da Justiça, mediante um “*equilíbrio racional que o direito social estabelece*”, exigindo da comunidade uma cooperação acima da usual.

O ponto de vista de J. RAWLS, segundo OPPENHEIM, “*poderia ser considerado como um intuicionismo de tendência racional, combinado com um renascimento da teoria do contrato social*”, no qual “*as pessoas auto-interessadas e racionais, que não têm nenhuma autoridade sobre as outras ... estarão obviamente de acordo sobre certos princípios de ‘Justiça’*”: os quais poderiam ser resumidos em “*liberdade, igualdade e recompensa pelos serviços que contribuem para o bem comum*”¹⁷³.

Dáí essa teoria se aproxima do postulado kantiano da sociedade como “*empreendimento cooperativo fundado na idéia de reciprocidade*”, explicando-se por aí sua recusa aos diversos utilitarismos e ao intuicionismo na construção do conceito e na fixação do conteúdo da idéia de Justiça¹⁷⁴.

¹⁷⁰ GOMES, *Ação afirmativa...* cit., p. 61

¹⁷¹ FABRE, *Os fundamentos...* cit., p. 308-309

¹⁷² FABRE, *Os fundamentos...* cit., p. 312

¹⁷³ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, cit., p. 665

¹⁷⁴ FABRE, *Os fundamentos...* cit., p. 314

É uma concepção moral, como anota FABRE, porquanto baseada em valores adotados como o da democracia, moderação e equidade, o respeito à lei, uma concepção do bem comum que considere o bem de cada um, igualdade política e de oportunidades, livre escolha de trabalho e distribuição equitativa dos meios materiais.

Tais valores são adotados como comuns à sociedade, recusando assim a tirania que vê embrionária na leitura marxista, e o aproxima da estruturas da moderna social-democracia¹⁷⁵.

§ 21. Crítica sobre as teses substanciais da Justiça

Os cognotivistas pretendem adotar critérios de justiça para fundamentar ou decisões normativas ou políticas num ou noutro sentido, e, assim, aderem a uma visão de justiça substancial.

Por essa via entretanto se explicam praticamente todas as tendências que consideram justo tanto tratamentos iguais como tratamentos desiguais, a depender do contexto.

Exemplifica-se com o imposto progressivo, que embora não-igualitário, é considerado “justo” e o não-progressivo, que, embora igualitário (porque todos pagam a mesma coisa, independentemente da posição patrimonial), é “injusto”, dadas as diferenças de riqueza entre uns e outros contribuintes.¹⁷⁶

Os princípios de ação afirmativa, que fundam uma atuação confessadamente desequiparadora mas com um viés reparador (ou seja “re-igualador”), para se corrigir distorções decorrentes de circunstâncias históricas, econômicas, raciais, etc., também encontram aí seu fundamento.

Uma política inclusiva do governo será criticada por quem nela veja um desprestígio ao conceito liberal de mérito; a omissão deste será atacada por aqueles que se sentem credores por injustiças passadas.

¹⁷⁵ FABRE, *Os fundamentos...* cit., p. 316-317

¹⁷⁶ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, cit., p. 664

Parece ter razão OPPENHEIM quando observa que “*a dificuldade está em que uma certa norma de distribuição pode ser classificada como igualitária ou não-igualitária apenas em relação a uma distribuição preexistente*”.¹⁷⁷

Os parâmetros de “justiça” ou “injustiça” desse modo se subjetivam, na medida em que se ligam ao desejo de cada um (ou da maioria) tanto que se reconhece que a maior parte das pessoas faria uso de princípios diferentes de justiça substancial.

A discussão sobre a Justiça é para F. OPPENHEIM uma questão sobre o “*status cognitivo*”, na medida em que se apresentam pessoas que dizem poder proclamar conhecer das normas de Justiça, e por ela se guiarem, em suas decisões ou reclamações, frente àquelas que se opõem a qualquer possibilidade de êxito em tal tarefa.

“No caso de uma discrepância entre Justiça formal e Justiça substancial, surge a pergunta normativa sobre qual das duas deve prevalecer. Um juiz é moralmente obrigado a aplicar de forma justa leis injustas ou deve ser orientado por princípios de ‘uma lei superior’? Os cidadãos devem obedecer a todas as leis positivas ou têm, ao contrário, o direito moral, ou talvez o dever, de seguir a ‘verdadeira’ Justiça?”¹⁷⁸

Os não-cognotivistas simplesmente negam que “justo” ou “injusto” tenham qualquer significado, salvo quando sinônimo de “legal” ou “ilegal”, embora a maior parte destes admita não ser “*sem significado falar de leis justas e injustas, mas defende que tais termos de valor não têm nenhum significado descritivo, mas apenas emotivo*”.¹⁷⁹

Como acrescenta o mesmo autor, “*podemos na verdade demonstrar que uma determinada ação ou norma é justa ou injusta, mas somente em termos de um determinado **standard** de Justiça*”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, **cit.**, p. 664

¹⁷⁸ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, **cit.**, p. 664

¹⁷⁹ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, **cit.**, p. 665

¹⁸⁰ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, **cit.**, p. 663

Assim, para o cético, “*deve haver um certo poder que obrigue os homens a obedecerem de maneira uniforme as suas convenções pelo terror, alguma punição de maior importância que os benefícios que poderiam esperar-se da ruptura de seu compromisso*”, afastando concepções da Justiça afinal influenciadas por critérios pessoais, como fazem os cognotivistas.¹⁸¹

A decisão destes sobre uma norma ou política “*é um juízo de valor determinado por fatores emotivos, e portanto de caráter subjetivo*”¹⁸², fornecendo “uma expressão emotiva”, do tipo: “*‘Eu sou contrário a esta norma porque ela é injusta’*”, quando quer dizer: “*Esta norma é injusta porque eu me oponho a ela*”.¹⁸³

Desse modo, tem razão ao observar que “*o não-cognotivismo é ... compatível com a aplicação de critérios de racionalidade para a escolha de princípios de Justiça*”¹⁸⁴. Este ceticismo, ao não adotar como preferencial qualquer deles, convive bem com as várias concepções da Justiça, colocadas todas no mesmo plano de indemonstrabilidade enquanto valor absoluto, ou não-ideológico.

E, com efeito, perante as normas de justiça, a tarefa da ciência enquanto tal deve ser “*partir destas normas de justiça e por conseguinte das representações ou conceitos que os homens, no presente e no passado, fazem e fizeram daquilo que eles chamam ‘justo’, que eles designam como justiça.*”¹⁸⁵.

Pode o jurista até tentar determinar nas diferentes normas de justiça um elemento comum para assim chegar a um conceito geral de justiça, mas essa fórmula será “completamente vazia de conteúdo”.

Entretanto, se cada um pode aderir idéia de justiça inteiramente pessoal, a ‘sua’ justiça, que, conquanto não deva ser adotada por outros possa ser racionalmente defendida, então deve-se contentar o jurista com uma justiça relativa.

¹⁸¹ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, cit., p. 663

¹⁸² Cf. OPPENHEIM, *Justiça*, cit., p. 665, citando KELSEN, *General theory of law and justice*

¹⁸³ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, cit., p. 665, citando ALF ROSS.

¹⁸⁴ cf. OPPENHEIM, *Justiça*, cit., p. 665

Se esse relativismo “nos deixa em apuros”, é porque nos obriga “a tomar consciência de que a decisão da questão nos pertence, porque a decisão da questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça que nós tomamos para base do nosso juízo de valor”. O questionamento sobre a Justiça pode então receber respostas bastante diversificadas: “esta opção apenas pode ser feita por nós próprios, por cada um de nós, que nenhum outro — nem Deus, nem a natureza, nem ainda a razão como autoridade objetiva — pode fazê-la por nós.”¹⁸⁶

Seria portanto vã qualquer tentativa de resolver com base em quaisquer premissas o problema da Justiça como fundamento para políticas de *resgate social*, pois qualquer das normas de Justiça que se invoque não pode excluir em absoluto qualquer outra norma de Justiça que a ela se oponha, ou que a contradiga.

Uma regra jurídica pode apenas se impor, se isto for possível, o que será aferível mediante critérios de racionalidade ou razoabilidade — porque justiciáveis —, através do Direito.

§ 22. Justiça como igualdade perante a lei

A regra de Justiça que tem encontrado a mais ampla aceitação parece ser a da igualdade de todos perante a Lei, inscrita em quase todas as Constituições e Declarações de Direito. O conteúdo dessa norma, como observamos, é o de que devemos tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual, o que não resolve, como já foi ventilado, o problema — sob que critérios devemos aferir a igualdade e a desigualdade?

¹⁸⁵ KELSEN, *A justiça...* cit., p. 17

¹⁸⁶ KELSEN, *A justiça...*, cit., p. 166 ss

Observa BOBBIO que tal formulação “*pressupõe que já tenham sido resolvidos os problemas que pertencem à esfera da justiça retributiva e da justiça atributiva*”, isto é: “*que já tenham sido escolhidos os critérios para estabelecer quando duas coisas devem ser consideradas equivalentes e quando duas pessoas devem ser consideradas equiparáveis*”, pois “*somente depois que estes critérios foram escolhidos é que a regra de justiça intervém para determinar que sejam tratados do mesmo modo os que se encontram na mesma categoria.*”¹⁸⁷

Nesse sentido, seria mais uma fórmula vazia, pois os critérios só podem ser definidos na Lei, e, assim, “construir uma sociedade justa” seria apenas cumprir a Lei, já que a regra de Justiça não pode estabelecer qual o melhor tratamento a ser dado a cada situação. Mesmo quando, como ocorre freqüentemente, as normas jurídicas envelhecem e acabam por se tornar “injustas”, só o que se poderia esperar é a substituição pelos meios previstos pelo próprio direito dessas normas.

Assim sendo, desenvolveu-se mais modernamente uma tentativa de se buscar dentro do direito *critérios* para se estabelecer o conteúdo jurídico da igualdade e, portanto, da desigualdade, ou seja, quando devemos tratar duas situações de modo igual e quando devemos tratá-las de modo desigual. Para tal tarefa, a doutrina tem invocado critérios para permitir o *discrímen*.

Pode-se dizer, nesse sentido, que o problema da Justiça hoje é o de buscar-se uma relação de equilíbrio entre os direitos fundamentais da igualdade (positiva) e a liberdade (negativa), o que terá sido, segundo ALEXY, objetivo de J. RAWLS em sua teoria da Justiça: “*a irradiação em todos os âmbitos do sistema jurídico dos direitos fundamentais, ... inclui uma irradiação da idéia da justiça em todos os âmbitos do direito, exigida pelo próprio direito positivo.*”¹⁸⁸

¹⁸⁷ BOBBIO. *Igualdade...*, cit., p. 21

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ª ed., 2ª reimpressão. trad. Ernesto Garzón Valdés – Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 526, em tradução livre: “*Por lo tanto, la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo.*”

Da questão da igualdade, declarada pela Constituição em seu preâmbulo como finalidade de sua própria existência, como princípio e direito fundamental (art. 5º **caput**) e como objetivo da República no sentido da superação das “desigualdades sociais” (art. 3º, III e IV), da busca da igualdade substancial pois, que é o fundamento último das ações afirmativas, pode-se ocupar a pesquisa nos capítulos seguintes.

CAPÍTULO IV

O PRINCÍPIO E O PARADOXO DA IGUALDADE

§ 23. Igualdade como regra da Justiça

As origens do discurso da igualdade podem ser encontradas em ARISTÓTELES, ao adotar a noção de justiça distributiva, como sendo aquela *“que se manifesta na distribuição das honras, do dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro).”*¹⁸⁹

Assim vê na igualdade uma espécie de meio-termo, pois o justo é o eqüitativo, sendo a eqüidade mesma um ponto eqüidistante entre o mais e o menos:

“Ora, igualdade implica pelo menos duas coisas. O justo, por conseguinte, deve ser igual e relativo (isto é, para certas pessoas). E, como intermediário, deve encontrar-se entre certas coisas (as quais são, respectivamente, maiores e menores); como igual, envolve *duas* coisas; e como justo, o é para certas pessoas. O justo, pois, envolve pelo menos quatro termos, porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta — os objetos distribuídos.”¹⁹⁰

Tem-se então uma concepção da igualdade, envolvendo as pessoas e as coisas, sendo que a relação que se estabelece entre esses quatro termos é a mesma: as pessoas terão acesso às coisas em proporção igual, o que conduz à primeira perplexidade, que é saber em que medida as pessoas são iguais.

“E a mesma igualdade se observará entre as pessoas e as coisas envolvidas: pois a mesma relação que existe entre as segundas (as coisas envolvidas) também existe entre as primeiras. Se não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas: ou quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais. Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito’.”¹⁹¹

¹⁸⁹ ARISTÓTELES, *Ética ... cit.*, II, 1130-b, 30

¹⁹⁰ ARISTÓTELES, *Ética ... cit.*, III, 1131-a, 15

¹⁹¹ ARISTÓTELES, *Ética ... cit.*, III, 1131-a, 20

Introduz-se desse modo, no questionamento acerca da igualdade, uma concepção de *mérito*, que vai acompanhar o desenvolvimento da idéia e implicará em não ser possível desde então desligar um e outro discurso — igualdade e mérito —, variando-se a noção de merecimento segundo a concepção política que se adote: “... pois todos admitem que a distribuição justa deve concordar com o mérito num sentido qualquer, se bem que nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito.”¹⁹²

“Segundo esta concepção”, escreve BOBBIO¹⁹³, o fim do direito, ou seja, das regras coercitivas que disciplinam a conduta dos homens na sociedade, é de garantir a igualdade”, seja entre os indivíduos (Justiça comutativa), seja nas relações entre o Estado e a sociedade (Justiça distributiva):

“Um ordenamento jurídico não pode ser considerado justo se não protege os fracos dos fortes, os pobres dos ricos, se não estabelece com as próprias regras uma *medida*, ou uma série de medidas, com as quais seja impedida a prevaricação, e todos os membros de uma sociedade recebam igual tratamento com base em certos critérios fundamentais (que podem ser, ora o trabalho, ora o mérito, ora a necessidade, etc.). Segundo esta teoria, não é suficiente que o direito imponha uma ordem qualquer: é preciso que a ordem seja *justa* e por ‘justa’ entende-se de fato fundada no respeito à igualdade.”¹⁹⁴

O Estagirita, todavia, não conferia um conteúdo à sua fórmula da igualdade, e por isso cunhou uma fórmula tautológica — a da igualdade na medida das igualdades, e desigualdade na medida das desigualdades, que permeará o discurso jurídico da igualdade perante a lei. Limitava-se a afirmar que o que é justo é proporcional, e a distribuição tal que respeita as proporções¹⁹⁵, respeita, portanto, o princípio da igualdade, segundo a doutrina do *mesotes*¹⁹⁶, de tal sorte que qualquer concepção de igualdade seria admissível.

¹⁹² ARISTÓTELES, *Ética ... cit.*, III, 1131-a, 25

¹⁹³ BOBBIO, *Direito... cit.*, p. 72

¹⁹⁴ BOBBIO, *Direito... cit.*, p. 72-73

¹⁹⁵ ARISTÓTELES, *Ética... cit.*, 1131-b-15

¹⁹⁶ Para KELSEN, a solução para se saber o que é justo e o que é injusto é deixada para o direito positivo ou para a moral positiva, que é pressuposta como válida e, portanto, justa. *A justiça ... cit.*

Conforme J. A. DA SILVA¹⁹⁷, no pensamento aristototélico “*cuida-se de uma justiça e uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente*”, concluindo que “*prevalece, nesse critério de igualdade, uma injustiça real*”, situação que exigiu uma “*evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais.*”

Viu-se nesse andar que a idéia ou ideal de igualdade num sentido de reprodução da igualdade natural parece ter sido sempre sedutora, tanto quanto inatingível. O problema da aproximação entre os dois discursos da igualdade retornará na modernidade de forma elaborada, especialmente pelo pensamento de Th. HOBBS, J. LOCKE e de J. J. ROUSSEAU, e essa compreensão influirá na resposta que lhe dará o direito.

§ 24. A inauguração do discurso moderno da igualdade

Th. HOBBS, em 1651, adota como premissa do seu discurso que, afinal, e apesar disso, vai justificar o absolutismo, a da igualdade natural:

“A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele.”¹⁹⁸

Todavia, ao mesmo tempo vê uma tendência igualmente natural à desigualdade, baseada nos instintos de competição, da desconfiança e da busca pela glória, o que os faz atacarem-se uns, diferenciando-se, a ponto de tornarem-se “lobos” uns dos outros.

¹⁹⁷ SILVA, Curso... cit., p. 216

¹⁹⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. J. P. Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 74 ss

Entretanto, não adere a uma compreensão do mérito como algo inato: antes, entende tratar-se de faculdades adquiridas com o tempo, com o que dá sua parcela de contribuição para uma crítica do princípio da desigualação pelo merecimento.

R. J. RIBEIRO, comentando *O Leviatã*, vê na proposta igualitarista desse autor a idéia de que “*nenhum [homem] possa triunfar de maneira total sobre outro*”. Todo homem “*é opaco aos olhos de seu semelhante — eu não sei o que o outro deseja, e por isso tenho que fazer uma suposição de qual será a sua atitude mais prudente, mais razoável.*”¹⁹⁹

Em 1690, J. LOCKE retoma a idéia da igualdade para outro propósito, a partir da compreensão do poder político como dependente da consideração do “*estado em que todos os homens se acham naturalmente*”, um estado que é de igualdade, “*no qual ninguém tem mais do que qualquer outro*”, e põe isso como evidência, certo de que “*todos os homens estão naturalmente naquele estado e nele permanecem até que, pelo próprio consentimento, se tornam membros de alguma sociedade política*”.²⁰⁰

Terá sido este o discurso inaugural do pensamento moderno sobre a igualdade, cuja essência e limitação é assim captada por N. BOBBIO, dado que estava vocacionada à justificação da ordem burguesa ascendente:

“o verdadeiro estado do homem não é o estado civil, mas o natural, ou seja, o estado de natureza no qual os homens são livres e iguais, sendo o estado civil uma criação artificial, que não tem outra meta além de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais. (...) a natureza humana que ele examinara era a do burguês ou do comerciante do Século XVIII, e não lera nela, porque não podia lê-lo daquele ângulo, as exigências e demandas de quem tinha uma outra natureza ou, mais precisamente, não tinha nenhuma natureza humana (já que a natureza humana se identificava como a dos pertencentes a uma classe determinada).”²⁰¹

¹⁹⁹ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, *Clássicos...* cit. p. 51 ss

²⁰⁰ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo* - ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. E. Jacy Monteiro. 3ª ed. S. Paulo: Abril Cultural, 1983

²⁰¹ BOBBIO. *A era...* cit., p. 28-33

O pensamento rousseauiano, retomado aperfeiçoado adiante por KANT, é que vai abrir um caminho mais próximo do que se fixou nas constituições escritas, por ter deslocado o foco da questão da igualdade do problema da propriedade.

J. J. ROUSSEAU teve, como antes dele LOCKE, contato com relatos de viajantes ao Novo Mundo, sendo influenciado na concepção uma filosofia da igualdade segundo uma condição imaginária do homem no estado de natureza, inclusive porque assim Deus ordenou quando da criação, e se os homens são desiguais depois disso, terá sido por Sua escolha.²⁰²

Admite a desigualdade física, mas a desigualdade moral é convencional, e baseada em privilégios:

“Concebo, na espécie humana, dois tipos de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; a outra, que pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos vários privilégios de que gozam alguns em prejuízo de outros, como o serem mais, ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda por fazerem-se obedecer por eles.”²⁰³

Esta é a base da sua proposta: a natureza reconhece a igualdade e os homens, por convencionarem de forma diversa, se desigualam, pois o homem moral é livre para resistir e modificar seu estado natural, mas, pela fraqueza do espírito, converte essa virtude em vício, e se corrompe.

Esta posição o coloca, como a LOCKE, entre os *idealistas*, que “*postulam um **igualitarismo** absoluto entre as pessoas*”, afirmado com base numa “*igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava a igualdade absoluta*”, como explica J. A. SILVA²⁰⁴.

²⁰² ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. Ed. Abril Cultural, 1983, p. 236

²⁰³ ROUSSEAU. *Discurso...*, p. 235

²⁰⁴ SILVA, *Curso... cit.*, p. 215

ROUSSEAU, ao contrário de HOBBS, a quem se opõe com firmeza, vê no homem, um ser essencialmente bom, e busca nos exemplos extraídos das narrativas sobre os indígenas da América a prova da igualdade possível, pois nessa pureza original as diferenças são irrelevantes:

“É fácil de ver, com efeito, que entre as diferenças que distinguem os homens, inúmeras, consideradas como naturais, são unicamente obra do hábito e dos vários gêneros de vida que os homens adotam em sociedade. (...) A mesma coisa acontece com as forças do espírito; a educação não só estabelece diferença entre os espíritos cultos e os que não o são, como também aumenta a que existe entre os primeiros na proporção da cultura, pois, quando um gigante e um anão andam pelo mesmo caminho, cada passo, que um e outro dêem, trará uma vantagem a mais ao gigante.”²⁰⁵

Decerto que a biologia e a psicologia se encarregaram, depois, de revelar melhor a natureza humana, revelando o egoísmo como algo até mesmo genético, ou ao menos inscrito em nossos instintos e mesmo o móvel de grande parte de nossas ações individuais e coletivas, desfazendo as ilusões sobre uma suposta generosidade inata.²⁰⁶

Reconheça-se: essa baixa propensão à generosidade, que pode estar na origem das desigualdades, parece residir também na própria gênese do capitalismo, como bem o demonstra M. WEBER, indicando que muito antes dos movimentos revolucionários modernos, o homem ocidental deixara de se sentir culpado no processo de acumulação egoísta de capital.

Essa mudança de interpretação das Escrituras tornou possível, na lição weberiana, a predominância desse sistema econômico — ou seja, o capitalismo terá nascido e é ungido pelo pensamento cristão, reinterpretado para nele caber o capitalismo: “*Um dos elementos fundamentais do espírito do capitalismo moderno, e não só dele mas de toda a cultura moderna, é a conduta racional baseada na idéia de vocação, nascida (...) do espírito do ascetismo cristão*”.²⁰⁷

²⁰⁵ ROUSSEAU, *Discurso...*, cit., p. 257

²⁰⁶ Cf. *supra*

²⁰⁷ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. P. Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 134

Fechado este parêntesis, e, desse modo, e o egoísmo é ou parece ser inevitável, e o altruísmo uma exceção, a grande contribuição do pensamento rousseauiano terá sido para um diagnóstico profundo das origens e remédios para a desigualdade, pois alterará significativamente a elaboração do discurso da busca da igualdade material, a qual, por seu turno, está na raiz das modernas ações afirmativas.

Denuncia o filósofo, com efeito, que fora do estado de natureza a desigualdade será tanto maior quanto o for a “desigualdade de instituição”²⁰⁸, a qual, adiante, irá justificar a servidão, que é o absoluto em termos de desigualdade, e contra a qual, no *Contrato Social*, vai mirar sua carga.²⁰⁹

A extrema corrupção implicada na idéia da escravidão²¹⁰ se explicava pela idéia essencial da desigualdade, sustentada sobre um poder ilegítimo, pois baseado na lei do mais forte. Na situação de escravos, se alcança o “último grau de desigualdade”, onde “*todos os particulares se tornam iguais, porque nada são.*”²¹¹

A origem das desigualdades está pois ligada principalmente ao surgimento da propriedade, que resulta da posse contínua dos bens de produção, adiante sendo instrumento de opressão, tomando progressivamente o lugar da igualdade, que se projeta no *corpus* político:

²⁰⁸ ROUSSEAU, *Discurso...*, p. 257

²⁰⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. 4ª ed. S. Paulo, Nova Cultural, 1987, p. 27: “*Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há recompensa possível para que a tudo renuncia*”

²¹⁰ ROUSSEAU, *Discurso...*, *cit.*, p. 275: Com efeito, a escravidão é sobretudo injurídica, pois a liberdade não seria alienável. A existência dessa suprema sujeição só se explicaria pela absoluta violação das leis naturais: “*... os jurisconsultos que pronunciaram gravemente nascer escravo o filho de um escravo resolveram, em outras palavras, que um homem não nasceria homem.*”

²¹¹ ROUSSEAU, *Discurso...*, *cit.*, p. 280

“Se seguirmos o processo de desigualdade nessas diferentes revoluções, verificaremos ter constituído seu primeiro termo o estabelecimento da lei e do direito de propriedade; a instituição da magistratura, o segundo; sendo o terceiro e último a transformação do poder legítimo em poder arbitrário. Assim, o estado de rico e de pobre foi autorizado pela primeira época; o de poderoso e de fraco pela segunda; e, pela terceira, o de senhor e escravo, que é o último grau de desigualdade e o termo em que todos os outros se resolvem, até que novas revoluções dissolvam completamente o Governo ou o aproximem da instituição legítima.”²¹²

Percebe o autor a contaminação do corpo civil pela corrupção da forma de governo: “*Crescendo a desigualdade entre o povo e seus chefes, faz-se logo ela sentir entre os particulares e nesse meio se modifica de inúmeras maneiras segundo as paixões, os talentos e as ocorrências.*”²¹³

Desse modo, por uma comparação forçada pelas circunstâncias relatadas, entre os talentos dos homens, podem ser estabelecidas diferenças no trato, que denunciam de que tipo de Governo se trata:

“Mas a riqueza, a nobreza ou a condição, o poder e o mérito pessoal sendo, em geral, as distinções principais pelas quais as pessoas se medem na sociedade, provarei que o acordo ou o conflito dessas forças diversas são a indicação mais certa de um Estado bem ou mal constituído; mostrarei depois que, entre esses quatro tipos de desigualdade, constituindo as qualidades pessoais a origem de todas as outras, a riqueza é a última a que por fim se reduzem, porque, sendo a mais imediatamente útil ao bem-estar e a mais fácil de comunicar-se, servem-se dela com facilidade para comprar todo o resto.”²¹⁴

Supõe então que através de um *contrato* os homens se libertem do estado primitivo ao mesmo tempo preservando as qualidades dessa condição primeva, no qual cada um dando-se a todos não se dá a ninguém em particular, e o mérito pessoal entre na equação de forma justa, alcançando-se, portanto, a maior igualdade possível.

Essa igualdade se dá primeiro no plano político, onde se produz “*um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos de da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade.*”²¹⁵

²¹² ROUSSEAU, *Discurso...*, cit., p. 277

²¹³ ROUSSEAU, *Discurso...*, cit., p. 277-278

²¹⁴ ROUSSEAU, *Discurso...*, cit., p. 278

²¹⁵ ROUSSEAU, *O contrato...* cit., p. 33

Todos são portanto iguais nesse momento, e serão igualmente cidadãos adiante, súditos apenas de si próprios, segundo um princípio de liberdade, organizados sob um pacto denominado Estado, jungido à soberania da lei:

“O pacto fundamental, em lugar de destruir a igualdade natural, pelo contrário substitui por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, que, podendo ser desiguais na força ou no gênio, todos se tornam iguais por convenção e direito.”²¹⁶

M. M. NASCIMENTO²¹⁷, comentando o contrato social proposto por ROUSSEAU, observa que “*no processo de legitimação do pacto social, o fundamental é a condição de igualdade das partes contratantes*”, e, citando o autor, anota que as cláusulas desse pacto, quando firmado, implicam na “*alienação total de cada associado, com todos seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos*” ou seja, “*sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por tornar onerosa para os demais*”.

J. RAWLS, em nosso tempo, irá retomar tal idéia como essencial, para desenvolver uma filosofia da Justiça que em que se baseará em grande medida a concepção dos sistemas atuais de ações afirmativas.

²¹⁶ Cf. ROUSSEAU, *Contrato ... cit*, p. 39, com este acréscimo, em nota, de Lourival Gomes Machado: “*Se a liberdade natural, no estado civil, transmuta-se em liberdade convencional, é bem de ver que a desigualdade natural (física ou mental) não pode transformar-se em desigualdade social, salvo numa perversão do contrato, ou melhor, da organização da sociedade. Sob os maus governos, essa igualdade é somente aparente e ilusória; serve só para manter o pobre na sua miséria e o rico na sua usurpação. Na realidade, as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm, donde se segue que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e nenhum tem demais.*”

²¹⁷ NASCIMENTO, Milton Meira. Rousseau: da servidão à liberdade. In WEFFORT, Francisco (org.), *Os clássicos da política*, vol. 1: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, 'o Federalista". 13ª ed. São Paulo: ed. Ática, 2002, p. 187 ss.

Terá sido, de qualquer modo, este um passo notável na direção da igualdade entre os homens sem distinção de qualquer tipo, que no sentido de uma “*sociedade na qual o livre desenvolvimento de cada um seja a condição para o livre desenvolvimento de todos*”, no dizer de N. BOBBIO, referindo o *Manifesto comunista*²¹⁸, cuja importância para a formação do pensamento político e constitucional não deve ser desprezada²¹⁹

O *Discurso* foi apresentado em 1754, e é, como notado por P. A. BASTIDE²²⁰ a base sobre a qual o seu *Contrato Social* foi edificado, além de conter uma crítica ao já decadente Antigo Regime, compondo, junto com outros pensadores políticos, o fundamento da nova Ordem política e constitucional, em muitos aspectos.

Entretanto pode-se admitir, com S. G. FABRE que desse idealismo, individualista–liberal ou socializante, não resultava senão a inspiração para um movimento no sentido da positivação da igualdade, não a concretização dela.

“Pode-se decerto sustentar que o sonho da igualdade pertence a uma tradição eterna, já que a Cidade lacedemônia era celebre pelo ideal dos *homoloi* ou já que, na ilha de *Utopia* a que nos conduz Thomas More, todos devem ser tratados da mesma forma; tampouco seria equivocado sublinhar a importância da igualdade na antropologia individualista que se desenvolve a partir do Século XVII. Mas o que mais se destaca é que a igualdade adquire, na obra legislativa dos constituintes, um estatuto jurídico objetivo.”²²¹

Considera-se, com BOBBIO, que “*a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever-ser*”, e por isso a exigência de objetivação desses direitos, para possibilitar a inserção no âmbito particular de cada um:

²¹⁸ BOBBIO, *Igualdade ...*, **cit.**, p. 47

²¹⁹ Neste sentido: SILVA, *Curso...* **cit.**, p. 164. “*O Manifesto Comunista, que, pela sua influência, é comparado por Harold Laski com a Declaração de Independência americana e com a Declaração dos Direitos de 1789, foi o documento mais importante na crítica socialista ao regime liberal–burguês. A partir dele, essa crítica fundamentou-se em bases teóricas e numa concepção de sociedade e do Estado, e se tornou, por isso, mais coerente, provocando, mesmo, o aparecimento de outras correntes e outros documentos, como as encíclicas papais, a começar pela de Leão XIII, Rerum Novarum, de 1891.*”

²²⁰ BASTIDE, *Introdução ao Discurso...*, **cit.**, p. 212

“Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão do pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.”²²²

A igualdade *antes* da lei (derivada no estado de natureza hobbesiano, da política moral de LOCKE, ou da bondade ou pureza natural dos homens, como afirma ROUSSEAU), dá lugar, quando objetivado numa norma, à “igualdade *na e pela* lei”, como afirma KELSEN²²³, registrando uma divisão no conceito de igualdade que o direito estrangeiro consagra.

CANOTILHO, com efeito, ressalta a diferença entre as *Cartas de Direitos* antes outorgadas, onde os direitos são *exigidos* pelos súditos do soberano, a quem se reservava a completa disponibilidade sobre conceder ou não o que era demandado, e as modernas *Declarações*, onde se objetivam os direitos: “*As declarações de direitos vão mais longe: os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, ficam fora dos ataques legítimos do poder e contra o poder podiam ser defendidos.*”²²⁴

Os ideais da Revolução de 1789, juntamente com o movimento pela Independência Americana, terão como base essa nova compreensão, ao mesmo tempo que inspirarão, em breve prazo, o constitucionalismo brasileiro, o que justifica a necessidade de referirmos a esses dois marcos fundamentais, vez que são também afluentes do caudal onde bebe a política contemporânea de Direito Interventivo.

²²¹ FABRE, *Os fundamentos ... cit.*, p. 87

²²² BOBBIO, *A era...*, p. 29

²²³ KELSEN, *A justiça ... cit.*, p. 78

²²⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional, cit.*, p. 263

§ 25. A igualdade positivada

O “espírito de igualdade” encontrou eco num plano mais universal, porque estruturado sobre uma sólida base filosófica laica, na Declaração de 1789, que pela primeira vez toma em “*consideração o homem como pessoa*”, no dizer de BOBBIO²²⁵, ao analisar a doutrina da *Liberté et Égalité* que fundou a Revolução Francesa:

“a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.”²²⁶

Observa I. G. MARTINS, a propósito, que a Revolução Francesa será, ao lado da Independência Americana, que lhe precede, o grande evento “*que introduz o mundo no Estado Contemporâneo*”²²⁷, e, no que diz respeito à igualdade terá particular importância a noção de que todos são, afinal, iguais, o que deve ser contextualizado.

Primeiro, parece correto o registro de SILVA de que o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, embora tenha cunhado o princípio da igualdade *em direito*, tenha-se limitado à “*igualdade jurídico-formal, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe*”, e, por isso mesmo, “*gerou desigualdades econômicas, porque fundada numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea*”²²⁸

Ao seu tempo, todavia, não há como negar a importância e influência no reconhecimento da condição igual, ainda que por princípio meramente formal, para o progresso dessa idéia e da absorção pelas Declarações de Direitos contemporâneas ou futuras, e pelas Constituições.

²²⁵ BOBBIO, *Igualdade ...*, p. 7

²²⁶ BOBBIO, *A era...*, p. 29

²²⁷ MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*, vol. 1. S. Paulo: ed. Saraiva, 1988, p. 95

²²⁸ SILVA, *Curso... cit.*, p. 217

Em 12 de junho 1776, os “representantes do bom povo de Virgínia”, reunidos em assembléia geral adotam um princípio de igualdade liberal como matriz sob a qual erigem sua Declaração:

“que todos os homens são, por natureza, *igualmente livres e independentes*, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar felicidade e segurança.” (destaque nosso)²²⁹

Percebe-se a ênfase na liberdade, que a Declaração de 1789 busca de certo modo corrigir, ao desligar a igualdade de qualquer referência, ou seja, declarando que os homens devem fruir de uma igualdade sem adjetivos, como um valor em si:

“Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”

Introduziu, além disso, a Declaração Francesa a questão do mérito como componente indissociável da igualdade, quando cuida do acesso às dignidades públicas, revogando as distinções baseadas no nascimento:

“Art. 6º A lei é expressão da vontade geral. (...) Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.” (destaque nosso)²³⁰

A ênfase na demonstração das virtudes e talentos como critério para quem deseje o acesso aos postos públicos, deve ser desde logo sublinhada, na medida do interesse que tem em nossa investigação sobre a introdução de sistemas diferenciados para tal acesso.

A Constituição estadunidense de 17 de setembro de 1787 em seu Preâmbulo não trata senão da liberdade, justiça, bem-estar, não acrescentando qualquer nota sobre a igualdade, certamente à vista da escravidão a que boa parte da população se encontra sujeita, então. A Carta de Direitos de 25 de Setembro de 1789, ratificada dois anos depois, permanece silente a respeito.

²²⁹ Referência extraída de *Textos básicos sobre derechos humanos*, trad. Marcus Cláudio Acquaviva, Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, 1973

²³⁰ Cf. MIRANDA, Jorge (org.). *Constituições de diversos países* - 1º volume. Trad. Jorge Miranda. 3ª ed.. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1986, p. 367-368

Em 1º de Fevereiro de 1865 a Constituição proíbe de forma peremptória a escravidão ou servidão voluntária (Emenda XIII), e, em 16 de junho de 1866, com ratificação em 23 de julho de 1868 é a aprovada a Emenda XIV, assim redigida:

“São cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição. É vedado aos Estados fazer ou executar leis que restrinjam as prerrogativas e garantias dos cidadãos dos Estados Unidos, privar alguma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem observância dos trâmites legais ou recusar a qualquer pessoa de sua jurisdição *a igualdade perante a lei.*” (destaque nosso)²³¹

Esses exemplos indicam a força do movimento legalista posterior à Revolução Francesa, instituindo estatutos de igualdade que não se limitam “*a sua inserção num corpus teórico elaborado segundo esquemas e categorias definidas por uma racionalidade abstrata com pretensão geral, até universal*”, tais como os elaborados por ROUSSEAU e LOCKE, antes referidos, como observa S. G. FABRE:

“Embora seja verdade que elas exigem do legislador uma vontade de sistematicidade — alias distinta do ‘espírito de sistema’ — cuja exemplar ilustração são os códigos napoleônicos, não se pode omitir a *finalidade prática* que lhes é atribuída e que corresponde à preocupação de *realismo* de seus redatores. Compete às regras jurídicas que os códigos reúnem e ordenam determinar um espaço normativo em que os sujeitos de direito encontrarão as máximas que poderão reger suas condutas.”²³²

Descolam-se essas regras do “*universalismo abstrato e metafísico com que a Filosofia das Luzes teria impregnado o pensamento jurídico*”, mostrando “*que a necessária juridicização do sujeito de direito implica numa atitude objetivista que, ciosa da efetividade, arranca o universo jurídico dos horizontes utópicos do idealismo*”.²³³

²³¹ Cf. MIRANDA, Jorge (org.). *Constituições... cit.*, p. 356

²³² FABRE, *Os fundamentos...*, **cit.**, p. 86

²³³ FABRE, *Os fundamentos...*, **cit.**, p. 86

É correto ainda afirmar-se, como o faz FABRE, que a *“legalização da igualdade parece mesmo ser uma condição necessária do Estado de direito que eles [os redatores da Declaração dos direitos de 1789] querem instaurar”*²³⁴.

Este é o momento da *“passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado”*, como enfatiza BOBBIO, que todavia observa:

“Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece.”²³⁵

A igualdade, agora sob o pálio da legalidade, é *“saudada como portadora de uma estrutura objetiva de normatividade mesmo quando, reconhecida e declarada, ainda não é prescrita ou ordenada”*, pois se a lei, no Estado Moderno, *“deve emanar de todos e valer para todos, é claro que a igualdade dos direitos é fundamentada na razão: sua institucionalização é sua racionalização.”*²³⁶

Necessário nesse processo que as constituições o acolham, o que a Carta do Império, de 1824, fará sob o influxo do movimento libertário dos países do Novo Mundo, e sob a inspiração da forte corrente do pensamento da época, embora inegavelmente tenha ficado muito a dever a essa nova racionalidade.

²³⁴ FABRE, *Os fundamentos...*, **cit.**, p. 87

²³⁵ BOBBIO, *A era...* **cit.**, p. 30

²³⁶ FABRE, *Os fundamentos...*, **cit.**, p. 87

§ 26. Igualdade como direito de tratamento essencialmente igual

Já foi advertido que a regra geral decorrente da formulação aristotélica para a igualdade não pode evidentemente ser tomada em sua expressão literal. KELSEN, discorrendo sobre o valor Justiça como igualdade, já observava, a propósito da norma *“todos os homens devem ser tratados por igual”*, que evidentemente não pode ser tomada em sua literalidade, dado ser impossível conceber-se, no plano dos fatos, igualdade plena: *“esta norma de nenhuma forma pressupõe que todos os homens sejam iguais; pelo contrário, ela pressupõe sua desigualdade.”*

“Todavia, exige que não se faça menção de nenhuma desigualdade no tratamento dos homens. A afirmação de que todos os homens são iguais está em aberta contradição com os fatos. Quando, apesar disso, se recorre a ela para fundamentar a exigência ou postulado de que todos os homens devem ser tratados por igual, ela apenas pode significar que as desigualdade de fato existentes — e que não é possível negar — são irrelevantes para o tratamento dos homens.”²³⁷

Assim seria mais lógico recorrer a uma definição da igualdade pelo que ela *não é*, conforme a definição de R. ALEXY:

i) não significa que o legislador possa colocar todos na mesma posição jurídica, sem embargo de suas desigualdades de fato (por exemplo, serviço militar só para adultos, penas só para infratores, ajuda social só para os necessitados);

ii) não pode também editar normas não funcionais (por exemplo, serviço militar para crianças), absurdas (penas para todos) ou injustas:

“a igualdade de todos com respeito a todas as posições jurídicas conduziria não só a normas não funcionais, disparatadas e injustas, como também eliminaria os pressupostos para exercício de competências. Todo eleitor deveria ser também eleito e todo subordinado deveria ser também chefe”²³⁸.

É também o entendimento de SILVA:

²³⁷ KELSEN, *A justiça...*, **cit.**, p. 66 ss.

²³⁸ cf. ALEXY, *Teoría...* **cit.**, p. 384, em tradução livre: *“La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias. Todo elector debería ser también elegido y todo subordinado debería ser también jefe.”*

“Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar a todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual... não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados irrelevantes pelo legislador.”²³⁹

Posto então que não pode mesmo ser exigida uma *“igualdade em todas as propriedades naturais e em todas as situações fáticas nas que se encontram os indivíduos”*²⁴⁰, ao legislador não se dirige tal missão, e então fórmulas se propõem para definir o exato sentido da máxima de igualdade, sendo a primeira delas resumida na proposição de *“tratar igualmente ao igual e desigualmente ao desigual”*.

Essa fórmula é em princípio, como visto atrás (§ 23), tautológica, pois reconduz o intérprete à tarefa de investigar as igualdades e as desigualdades, que não estão expressas na sentença²⁴¹, pois se *“para todo x vale que se x tem as propriedades P₁, P₂... P_n, então deve ser que para x vale a consequência jurídica C”*²⁴².

Tal formulação justificaria políticas rejeitadas como a expressa na máxima *“separados porém iguais”*, ou do tipo *“iguais na desigualdade”* que fundamentaram durante a história políticas mais ou menos intensas — e para sempre ignominiosas — de *apartheid*, que estariam acolhidas na fórmula, já que as propriedades de semelhança [P₁, P₂ ... P_n] poderiam, por exemplo, sustentar-se num critério de cor da pele ou semelhante.

Tem pois razão ALEXY, quando conclui:

²³⁹ SILVA, *Curso...* cit., p. 219

²⁴⁰ ALEXY, *Teoría...* cit., p. 385, em tradução livre: *“Igualmente claro es que el principio de igualdad no puede exigir la igualdad en todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fáticas en las que se encuentran los individuos.”*

²⁴¹ cf. KELSEN, *A justiça...*, cit., p. 66 ss.

²⁴² ALEXY, *Teoría...* cit., p. 385, em tradução livre: *“Para todo x vale que se x tiene las propiedades P₁, P₂,... P_n, entonces debe ser que para x valga la consecuencia jurídica C”*, sendo P₁, P₂, ... P_n as propriedades de igualdade

“se o princípio geral de igualdade se limitasse a uma prática universalista de decisão, o legislador poderia levar a cabo uma qualquer discriminação sem viola-lo, sempre que o apresentasse sob a forma de normas universais, algo que sempre é possível”.²⁴³

Desse modo não se dispensa a necessidade de se investigar o conteúdo das propriedades de semelhança ou diferença. Se a igualdade é sempre parcial, se não existe uma igualdade total como não existe uma desigualdade total entre duas pessoas, a qualidade em causa sempre diz respeito a algumas e não a todas propriedades, segundo a seguinte formulação, válida para os juízos de desigualdade como de igualdade: “A é igual a B com relação às propriedades P₁, P₂ ... P_n, por isso advém a A e B consequência C, mas não a consequência C₁, prevista em face de outras propriedades”.

A máxima da igualdade tem de atribuir valores a propriedades e efeitos, relativamente a determinadas situações de identidade parcial ou seja é uma máxima relativística.

Diante desse relativismo, a jurisprudência e a doutrina contemporâneas inclinam-se pela consideração de que o critério fundamentalmente estabelecido é o da razoabilidade (no sentido da proibição da arbitrariedade) na eleição e valoração das propriedades que irão ser utilizados para igualar ou desigualar pessoas ou situações.

O julgamento de adequação da norma igualitária, diz SILVA, é da essencialidade ou relevância “*dos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram*”, para fundar sobre eles as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas:

“por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos ‘essenciais’ previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas ‘situações idênticas’, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.”²⁴⁴

²⁴³ ALEXY, *Teoría... cit.*, p. 386, em tradução livre: “*Si el principio general de igualdad se limitara a una práctica universalista de decisión, el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que o presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posible.*” E acrescenta, enfatizando a insuficiência da fórmula: “*Bajo esta interpretación, la legislación nacionalsocialista contra los judíos no violaría la fórmula “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”.*”

²⁴⁴ SILVA, *Curso... cit.*, p. 219

Por tal fundamento, prossegue o constitucionalista, é que se admite que a legislação tutele pessoas que se achem em posição econômica inferior, “*buscando realizar o princípio de igualização*”.²⁴⁵

§ 27. Proibição de tratamento arbitrariamente desigual

A premissa do direito ao tratamento igual, como previsto no art. 5º caput da Constituição, é a da proibição de tratamentos desiguais, relativamente aos parâmetros ali eleitos como inadmissíveis.

Corretamente observa J. CANOTILHO que “*através desta fórmula ... conseguiu extrair-se como resultado a proibição do arbítrio, judicialmente controlável*”, que conduz à “*justiciabilidade do acto legislativo sem por em causa a liberdade de conformação do legislador.*”²⁴⁶

Da jurisprudência do Tribunal Constitucional de seu país, R. ALEXY extrai sentença que assim resume esta formulação da igualdade como proibição de tratamento arbitrariamente desigual:

“A máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não é possível encontrar uma razão razoável, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma outra forma, seja concretamente compreensível, é dizer, quando a disposição tem que ser qualificada como arbitrária.”²⁴⁷

Pode-se desse modo considerar uma lei diferenciadora como arbitrária quando não houver motivo racional evidente, resultante da “natureza das coisas”, para desigual regulação de situações de fato iguais ou igual regulação de situações de fato desiguais.

²⁴⁵ SILVA, *Curso...* cit., p. 219-220

²⁴⁶ CANOTILHO, *Constituição...* cit., p. 382

²⁴⁷ cf. ALEXY, *Teoría...* cit., p. 391, referindo à decisão proferida pelo Tribunal Constitucional: “*La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal opera el tratamiento legal no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria.*”

Essa sentença acolhe, na primeira parte, a formulação no sentido de que duas situações ou pessoas devem ser consideradas iguais, para os fins do tratamento jurídico em causa, se a diferença entre ambas não puder sustentar racionalmente a desigualdade reconhecida — aí compreendido o que não exsurja da própria natureza da situação, pessoa ou coisa.

O *essencialmente igual* não deve pois ser tratado desigualmente, de sorte que haverá sempre uma igualdade (e uma desigualdade) relevante, assim entendidas todas as igualdade fáticas parciais que merecem um exame de possível arbitrariedade. Será este o teor da fórmula proibitiva do tratamento arbitrariamente desigual ao que é essencialmente igual, mas estas duas, como as três primeiras, dizem a mesma coisa: “*o essencialmente igual não deve ser tratado de forma desigual*”²⁴⁸.

O que interessa pontuar é que a razão razoável chama pela idéia de justiça, e qualificar uma razão como suficiente é um problema de valoração, o que leva também a um problema de argumentação, na medida em que tanto tratamentos iguais, como desiguais, contêm uma carga própria de fundamentação, sobre a qualificação que se lhe possa dar de arbitrária (ou não).

Ora, a fundamentação suficiente, como é evidente, contempla o momento histórico e por esse caminho se explica que uma decisão como a que orientou o caso *Plessy vs. Fergusson* na Corte Suprema norte americana encontrou tanto fundamento, como encontrou, seis décadas depois, *Board of Education of Topeka vs. Brown*, na Emenda XIV à Constituição americana.²⁴⁹

Com efeito, se o significado da regra igualitária, nesse particular, é o de não impor um modelo específico de igualdade dentre os vários existentes, desde que um modelo seja observado, seria válido pensar em políticas que permitissem a segregação, desde que propiciassem igual carga de bem-estar aos que foram segregados.

²⁴⁸ ALEXY, *Teoría...* **cit.**, p. 394: “*Lo esencialmente igual no debe ser tratado en forma desigual*”

²⁴⁹ Para um aprofundado exame de ambas as decisões citadas, v. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 455, e DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luiz C. Borges. S. Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 437/494

Como não se admite mais que tais soluções possam ser adotadas, segue-se a proposta de ALEXY para definir o conteúdo jurídico da regra proibitiva de tratamento arbitrariamente desigual, em síntese a que chega após exame de diversas outras formulações:

“se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento igual, então está ordenado um tratamento desigual;

“se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual.”²⁵⁰

Se essas equações resumem a solução de todas as indagações possíveis para o igual tratamento determinado pela ordem jurídica, conduzem por outro lado ao *paradoxo da igualdade*, de que se tratará a seguir, fundamental em nosso exame da sustentação constitucional das políticas inclusivas.

Se somente uma razão suficiente para *ordenar* (e não simplesmente permitir) um tratamento desigual, pode autorizar tal procedimento, decorre daí um “*princípio da igualdade que, prima facie, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se puder ser justificado com razões opostas*”²⁵¹.

A doutrina constitucional da igualdade parece inclinar-se no sentido de acatar tal orientação, como, por exemplo, entre nós, B. DE MELLO ao concluir o seu exame do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, no sentido de que uma norma deve ser considerada inconstitucional por ofensa ao princípio geral da igualdade, se, entre outras situações,

i) adota como critério diferenciador elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas — como é o caso do fator “tempo”, para simplesmente diferenciar fatos que ocorreram antes ou depois de certo termo;

²⁵⁰ ALEXY, *Teoría... cit.*, pp 390/417: “*Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual; Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual*”, em tradução livre

²⁵¹ ALEXY, *Teoría... cit.*, p. 398: “*La asimetría entre la norma de igualdad de tratamiento y desigualdad de tratamiento tiene como consecuencia que la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un principio de igualdad que, prima facie, exige un tratamiento igual y solo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas*”, em tradução livre

ii) se atribui tratamentos jurídicos discrepantes ou sem pertinência lógica com o parâmetro eleito ou se, no momento da aplicação conduz a resultado ilógico; ou sua interpretação conduz a distinções não professadamente assumidos pela norma.²⁵²

A discriminação, diz esse administrativista, de qualquer forma “*não poderá ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo*”. Daí “*se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade estabelecida afronta o princípio da isonomia.*”²⁵³

Contudo, CANOTILHO adverte que “*a proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um ‘fundamento razoável’ implica, de novo, o problema da **qualificação** desse fundamento*”, o que significa que “*a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um **problema de valoração.***”²⁵⁴

Decorre dessas observações que não é possível definir *in abstracto* senão *in concreto* o problema da irracionalidade ou da falta de razoabilidade do critério ou do efeito em face do parâmetro. É a conclusão do autor luso, apoiando a variação da jurisprudência de seu país:

“A proibição do arbítrio constitui um critério essencialmente negativo, com base no qual são consagrados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade. A interpretação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio significa uma autolimitação do juiz, o qual não controla se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução mais razoável ou justa.”²⁵⁵

Esta compreensão será de todo modo útil num programa de ações afirmativas erigidas sob critério *racial*, para averiguação da racionalidade (portanto constitucionalidade) da distinção *positiva* procedida através dessas políticas.

²⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 59/60

²⁵³ MELLO, *O conteúdo...* cit., p. 49

²⁵⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 577-8

²⁵⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 578

§ 28. Igualdade de fato como decorrência do preceito isonômico

A Constituição adota como tarefa fundamental a redução das desigualdades, como via de construção de uma sociedade mais justa, com o que se impõe, na visão de alguns autores, a necessidade de adoção de leis que, pela concessão de vantagens para compensação de desvantagens anteriores, operem do mesmo modo para a redução das desigualdades de fato que a das ações afirmativas, tais como incentivos tributários ou financeiros.

Neste andar, “o legislador, em princípio, não pode conformar-se em aceitar sem mais as diferenças de fato existentes; se são incompatíveis com as exigências da justiça, tem de eliminá-las”, obrigando-se a “realizar progressivamente a igualdade até a medida razoavelmente exigível”²⁵⁶: essa omissão pode ser colocada no contexto da crise “pós-moderna” do princípio do Estado Social.

Cita-se o pensamento de P. DE MIRANDA, elaborado já a propósito da Constituição de 1967/69, em favor dessa conclusão:

“A desigualdade econômica não é, de modo algum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou de desigualdades de fato *mais* desigualdades econômicas mantidas *por leis*. O direito, que em parte as fez, pode aparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades.”²⁵⁷

Ou seja, se é possível, mediante análise de um ponto de vista dogmático equacionar o problema da igualdade, há que se buscar um modelo para a redução das desigualdades ordenada pela Constituição, baseado nas premissas do tratamento igual e do tratamento desigual, as quais, foram expressas através das *máximas* atrás referidas.

²⁵⁶ ALEXY, *Teoria...* cit., p. 407, citando decisão do Tribunal Constitucional: “*el legislador, en principio, no puede conformar-se con aceptar sin más las diferencias de hecho existentes; si son incompatibles con las exigencias de la justicia, tiene que eliminarlas. Esto último puede ser interpretado en el sentido de la muchas veces citada frase del fallo sobre el Partido Comunista de Alemania, según la qual el principio del Estado social exige ‘realizar progressivamente la igualdad hasta la medida razonablemente exigible.’*”

²⁵⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967* - com a emenda n. 1, de 1969, tomo IV. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 689

Tais fórmulas respeitam o reconhecimento da Constituição de que a igualdade *de facto*, como a *de jure*, tem status constitucional, e, se uma deve ceder em face da outra, o será mediante criteriosa ponderação, por aplicação do princípio da proporcionalidade, a ser observado pelo legislador, e sujeita ao crivo do tribunal para aferição de eventual incompatibilidade e de razoabilidade ou racionalidade.²⁵⁸

Nesse andar, será de fundamental importância observar as regras integrantes da parte *dirigente* da Constituição pois a questão da construção da igualdade de fato é essencialmente política, pelo menos de política legislativa.

Assim se considera aberto o caminho para a discussão específica das ações afirmativas, discurso que há algumas décadas vem merecendo a atenção dos constitucionalistas, e, muito particularmente, os programas de *cotas* e *metas* raciais, para o que será interessante discorrer sobre o *paradoxo da igualdade*.

§ 29. O paradoxo da igualdade e a questão racial

Como a máxima da igualdade formal encerra uma contradição, sua superação dependerá de algum sacrifício do próprio princípio igualitário — daí o paradoxo —, ou seja, será necessário sacrificá-lo em alguma medida, a medida das desigualdades de fato julgadas importantes para o propósito da norma, que outro não é senão o de propiciar a maior igualdade possível.

A Constituição admite, ao proclamar que todos são iguais perante a lei, que as pessoas são desiguais no plano dos fatos e por isso mesmo impôs o dever de buscar a maior igualdade de fato, a ser construída, e essa equiparação de nível produzirá uma “colisão fundamental” expressa no “paradoxo da igualdade”.

Citando K. HESSE, assim resume ALEXY o paradoxo:

²⁵⁸ Sobre a importância do princípio da proporcionalidade para a ponderação de princípios no Direito brasileiro, ver BARROSO, Fundamentos ... *cit.*, p. 44 e ss; e BARROSO. *Interpretação...*, *cit.*, p. 209 ss.

“O enunciado segundo o qual, devido à diferença fática das pessoas, a igualdade *de iure* deixa sempre existentes algumas situações de fato e, amiúde, as reforça é conciliável com o enunciado segundo o qual a igualdade *de iure* provoca igualdade de fato, é dizer, a criação de igualdade *de iure* pode ter como consequência igualdade de fato. Igualmente a todos os juízos de igualdade, há que ter sempre em conta a referência a pessoas individuais e aos diferentes respetos de igualdade. Assim a eliminação de privilégios estamentais aumentou com respeito a algumas pessoas, em alguns aspectos, a igualdade de fato. Ao mesmo tempo, a criação da igualdade civil deixou existente e até aumentou — com respeito a algumas pessoas e em alguns aspectos — desigualdades de fato”²⁵⁹.

A igualdade de direito encerra um conceito circular: se omitidas as condições de fato que permitam o exercício dos direitos em pé de igualdade, esta não é alcançada, somente quando as circunstâncias materiais pré-existentes forem alcançadas é que o seu exercício será possível, o que significa um sacrifício da própria igualdade de direito.

Percebe-se a semelhança com a circularidade dos vícios reconhecidos em nossa deficiente integração *racial*, apontando para a necessidade de um *corde*, sob pena de permanecer irrealizado o princípio da igualdade de fato.

Com efeito, dada a desigualdade, natural ou artificialmente criada, entre as pessoas, buscar a igualdade de fato significa no mais das vezes um atentado à igualdade de direito, pois “*o que segundo um dos princípios é um tratamento igual é, segundo o outro, um tratamento desigual e vice-versa*”²⁶⁰ e cada vez que os interesses se confrontam, a situação gerada é contraditória — paradoxal.

²⁵⁹ ALEXY, *Teoría ... cit.*, p. 404, em tradução livre: “*El enunciado según el cual, debido a la diferencia fáctica de las personas, la igualdad de iure deja siempre existentes algunas desigualdades de hecho y, a menudo, las refuerza es conciliable con el enunciado según el cual la igualdad de iure provoca igualdad de hecho, es decir, la creación de igualdad de iure puede tener como consecuencia igualdad de hecho. Al igual que en todos los juicios de igualdad, hay que tener siempre en cuenta la referencia a las personas individuales y a los diferentes respetos de igualdad. Así, la eliminación de privilegios estamentales aumentó con respecto a algunas personas, en algunos respetos, la igualdad de hecho. Al mismo tiempo, la creación de la igualdad civil dejó existente y a menudo aumentó — con respecto a algunas personas y en algunos respetos — desigualdades de hecho.*”

²⁶⁰ ALEXY, *Teoría ... cit.*, p. 404: “*lo que segun uno de los principios es un tratamiento igual es, segun el otro, un tratamimento desigual y vice versa.*”

O conflito poderia ser evitado quando possível renunciar totalmente ao princípio da igualdade de direito ou ao da igualdade de fato, o que não é entretanto admissível, do ponto de vista de uma Constituição que, como a nossa, alberga a ambos sem dar preferência a um em relação ao outro.

A primeira implicação do fato de ser uma colisão fundamental (pois poderá implicar, como se verá na seqüência, no sacrifício de direitos fundamentais) residirá na necessidade de uma ponderação, segundo a máxima da proporcionalidade que o direito constitucional acolhe, dos interesses envolvidos com as duas máximas, da igualdade de fato e a de direito.

A igualdade de direito é, na expressão de ALEXY, “*um valor em si*”: havendo duas situações iguais em todos os aspectos e outra em que, além disso, respeita-se a igualdade de direito, há que se preferir a que preserva a igualdade jurídica, que, inclusive, pode ser aplicada com muito maior facilidade e certeza que a igualdade de fato — o qual se baseia, muitas vezes, na igualdade de satisfação, dificilmente aferível, de modo que “*não pode haver nenhuma dúvida de que o princípio da igualdade de jure não pode ser sacrificado em prol da igualdade de fato*”²⁶¹.

Daí a necessidade da construção de uma *teoria da igualdade de fato* para o Direito Brasileiro que possa otimizar os princípios da igualdade de direito com a exigência de justiça, certo que a Constituição tem já inseridos alguns casos de ação afirmativa hoje em voga, do qual podem ser citados como exemplos os arts. 7º, XX (possibilidade de reserva de mercado de trabalho para mulheres) e 37, VIII (reserva de vagas para deficientes físicos nos concursos públicos), além de outras políticas públicas de inclusão²⁶².

O dever constitucional de buscarmos uma igualdade no plano material está estabelecido fundamental no art. 3º, cabendo agora investigar o seu possível conteúdo.

²⁶¹ ALEXY, *Teoría ... cit.*, p. 405-406, em tradução livre: “*La paradoja da igualdad puede ser fácilmente evitada cuando es posible renunciar totalmente o bien ao principio de la igualdad de jure o bien ao principio de la igualdad de hecho. Desde el punto de vista del derecho constitucional, hay que excluir una renuncia al principio de la igualdad de jure porque no puede haber ninguna duda de que ella es un elemento del derecho constitucional vigente.*”

²⁶² Art. 23, II e X, 24, XIV, 7º, XXXI, 203, IV e V, 208, 227, § 1º, II, 227, § 2º e 244, da CF

CAPÍTULO V

DEVER DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES

§ 30. Igualdade como consequência da generalidade da norma

A primeira das indagações relativamente ao dever imposto constitucionalmente de redução das desigualdades, diz com a essência do princípio isonômico, dado o seu propósito, ancorado na modernidade, que é o da igualdade de todos *perante* a lei — e não ainda *na* ou *através da* lei.

Preambularmente, cumpre registrar a objeção de J. A. SILVA quanto à possibilidade de tal distinção no princípio isonômico para o caso brasileiro:

“Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina e a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade *na* lei, ou seja: *o princípio tem como destinatário tanto o legislador como os aplicadores da lei*. O princípio significa, para o legislador — consoante observa Seabra Fagundes —, ‘que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições — os mesmos ônus e as mesmas vantagens — situações idênticas e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhóá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades’.”²⁶³

O reconhecimento de uma igualdade *através* da lei e da igualdade *na* lei, como distintos da igualdade *perante* a lei, entretanto parece se justificar se se entende que os benefícios previstos na norma ou os interesses objetivados pelo legislador não alcançam a todos aqueles que se encontram nas mesmas condições, razoavelmente aferidas.

O fenômeno a que se dirige a expressão “Direito” não teria qualquer sentido se prescindisse da sua aplicação à totalidade das pessoas organizadas em comunidade.

²⁶³ SILVA, *Curso... cit.*, p. 218

É condição imposta pelo pensamento moderno, como tal o decorrente do ideário consolidado a partir da Revolução Francesa, que não se admitirão privilégios em face da lei, o que significa “ ‘civilizar’ o direito natural, isto é, transformar o indivíduo em um cidadão cujos direitos e deveres são determinados, proclamados e garantidos por lei”, como ensina S. G. FABRE²⁶⁴, e está expresso na máxima “*todos são iguais perante a lei*”, inscrito na *Declaração* de 1789.

Universalizou-se a compreensão de que o Direito deve ser aplicado com uniformidade, assim se distinguindo do puro arbítrio, que é a antítese mesma do Direito. Daí poder-se inferir que a igualdade é um *dever-ser*, no sentido de que se as pessoas *são* iguais será porque o Direito assim determina, porque um Direito democrático não pode existir sem tal condição.

Essa uniformidade e generalidade pressupõem o máximo grau de igualdade entre os destinatários de seus desígnios, inclusive, como se verá a seguir, quando de um lado da relação de comparação se ache o Estado, cujo desenvolvimento teórico é contemporâneo ao do princípio da igualdade.

§ 31. Igualdade e princípio democrático

Um aspecto a ser destacado é que quando se trata do problema da igualdade, fala-se de relação, qualificada como relação jurídica, quando estabelece direitos e deveres entre dois sujeitos. Se o significado da liberdade pode ser apreendido a partir da individualidade, o da igualdade pressupõe o *outro*, inclusive quando se trate do Estado, que organiza o coletivo.

²⁶⁴ FABRE, *O fundamento...*, **cit.**, p. 88. Neste sentido, MORAES, *Direitos humanos ...*, **cit.**, p. 93, lembra que “*a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso ao Superior Tribunal de Justiça (uniformização na interpretação da legislação federal)*” e, acrescenta-se, também o Recurso de Revista ao TST, foi a de consagrar, em nosso meio, a isonomia de interpretação, e, assim, “*o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito no caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária.*”

“enquanto a liberdade é uma qualidade ou propriedade da pessoa (não importa se física ou moral) e, portanto, seus diversos significados dependem do fato de que esta qualidade ou propriedade pode ser referida a diversos aspectos da pessoa, sobretudo à vontade ou sobretudo à ação, a igualdade é pura e simplesmente um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos. Tanto isso é verdade que, enquanto *X é livre* é uma proposição dotada de sentido, *X é igual* é uma proposição sem sentido, que, aliás, para adquirir sentido, remete à resposta à seguinte questão: *igual a quem?*”²⁶⁵

O problema da igualdade e da desigualdade surge tanto quando se estabelece uma relação entre sujeitos que não estão num mesmo plano, como quando o relacionamento é entre o indivíduo que tem competência para a edição ou aplicação da norma e aquele que deve se submeter, entendidas tradicionalmente como relações “de direito público”, em oposição à “de direito privado”.

Num caso a relação é *democrática* e no outro *autocrática*, ou pelo menos assim a doutrina tradicional, principalmente a do Direito Público, vinha afirmando. Como registra S. G. FABRE, a propósito:

“Ao passo que a *autocracia* implica *heteronomia*, uma vez que são as normas produzidas pelo chefe político que se impõem, pela coação, a todos os sujeitos, a *democracia* implica *autonomia*, porque os criadores das normas (direta ou indiretamente, é um mero problema técnico) são também seus destinatários.”²⁶⁶

Do princípio democrático decorre que toda relação jurídica é uma relação entre iguais, porque da auto-limitação pela lei ninguém pode razoavelmente se furtar: mesmo quando se suponha uma relação desequilibrada, tal como ocorre quando o relacionamento com o Estado: não será viável postular uma “*liberdade (desvinculação) perante o Direito (Freiheit vom Recht)*”, nem em liberdade da lei: “*somente poderia falar, quando muito, de dois domínios jurídicos configurados por maneira tecnicamente diversa, mas não de uma oposição essencial, absoluta, entre Estado e Direito.*”²⁶⁷

²⁶⁵ BOBBIO, *Igualdade...* cit., p. 12

²⁶⁶ FABRE, *O fundamento...*, cit., p. 368

²⁶⁷ KELSEN, *Teoria Pura...* cit., p. 381

A igualdade como valor democrático tem aí sua justificação e fim, pois se todas as relações jurídicas encontram-se igualmente vinculadas pelo Direito, pela lei, isto significa dizer que devem respeito ao valor intrínseco que esta traz, na medida em que resulta de um processo de formação mais complexo que a mera manifestação unilateral de vontade dos órgãos do Estado.

Neste sentido, pode-se dizer a única relação que se estabelece é de subordinação ao Direito e à lei, e, nessa medida, iguais uns e outros em face do Direito, i. e., satisfeita uma condição essencial para se postular por um conteúdo de Justiça ao princípio igualitário, podemos investigá-lo.

§ 32. Igualdade como exigência da Justiça

Admitido o valor moral da Justiça como essencial ao fenômeno do Direito nas sociedades modernas, e dessa tendência não fugindo a Constituição de 1988 ao ter, pelo art. 3º, estabelecido como objetivo da República construir uma sociedade “justa”, cumpre examinar a importância da igualdade para a construção desse conceito.

A importância da igualdade, na formação da idéia do justo e do injusto, é destacada na doutrina, para que *“os homens e o mundo que nos rodeia conservem algumas de suas características mais familiares e evidentes”*, e assim:

“a moral social das sociedades que alcançaram a etapa em que ela possa ser distinguida de seu direito, inclui sempre certas obrigações e deveres que exigem um sacrifício da inclinação ou interesse particular que é essencial para que sobreviva qualquer sociedade”²⁶⁸

Por isso terá relevância a posição de igualdade ou desigualdade entre indivíduos, assumindo particular interesse quando se trate da distribuição de encargos ou benefícios dentro da sociedade.

²⁶⁸ HART, *El concepto... cit.*, p. 213, em tradução livre: *“Sin embargo, la moral social de las sociedades que han alcanzado la etapa en que ella puede ser distinguida de derecho incluye siempre ciertas obligaciones y deberes que exigen un sacrificio de la inclinación o interés particular que es esencial para que sobreviva cualquier sociedad, en la medida en que los hombres y el mundo que nos rodea conserven algunas de sus características más familiares y evidentes.”*

Tal exame se justifica a partir da compreensão de que a “Justiça” vem operar também para restabelecer certo equilíbrio perdido ou proporção sacrificada historicamente, inclusive porque a máxima *“tratar aos iguais de modo igual e aos desiguais de modo desigual”* supõe que se atribua um conteúdo à igualdade e à desigualdade compatível com os fins buscados pela Constituição — compreendida como o pacto fundador da sociedade, onde são fixados objetivos para melhorar as condições de vida.

A regra de igualdade todavia permite que uma norma seja elogiada quando elimina algum privilégio ou imunidade a certa categoria de indivíduos, mas é vazia ou tautológica, como reconhece HART, para quem a regra da igualdade *“não pode proporcionar nenhuma guia determinada para a conduta”*. Isto é assim *“porque qualquer conjunto de seres humanos se assemelharam entre si em alguns aspectos e diferirão em outros”*²⁶⁹, sendo tarefa do intérprete e do legislador identificar as identidades e as diferenças constitucionalmente aceitáveis para preencher a regra da igualdade.

O autor inglês admite a possibilidade de preencher tal vazio, segundo critérios hauridos do Direito²⁷⁰, desde que se estabeleça quais diferenças sejam *relevantes* para o estabelecimento das regras de tratamento: assim, propõe que haja um critério de “Justiça fixa” — tratar aos iguais de modo igual — e um de “Justiça variável”, usado para determinar quando, para um determinado propósito, os casos são semelhantes ou diferentes.

Aí reside, já se viu, a complexidade do problema, na medida em que o critério de semelhanças e dessemelhanças relevantes varia de acordo com o tipo de objeto, como também pode estar aberto a impugnação, mesmo tendo em conta um único tipo de objeto: haverá casos em que a igualdade entre os seres humanos será tão óbvia que qualquer crítica será inócua.

²⁶⁹ HART, *El concepto...* cit., p. 199, em tradução livre: *“Esto es así porque cualquier conjunto de seres humanos se asemejarán entre sí en algunos aspectos y diferirán entre sí en otros y, mientras no se establezca qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, ‘tratar los casos semejantes de la misma manera’ será una forma vacía.”*

²⁷⁰ contrariando, nesse particular, a doutrina kelseniana, que houvera reconhecido a impossibilidade dessa tarefa senão com recurso à moral. KELSEN, *Teoria pura...* cit., prefácio

Para os outros casos, o Direito mesmo fornece, na maior parte das vezes, os critérios de identidade ou desigualdade. Nesses casos, a justiça será simples conformidade com o Direito, na exata medida em que ao cumprir com os critérios estabelecidos *ex ante*, resultará na aplicação eqüitativa do Direito.

O autor inglês pondera todavia que a crítica segundo o valor de Justiça pode muito bem ser dirigida às mesmas leis que elegeram os critérios que orientarão o tratamento conferido aos membros da comunidade jurídica, pois o direito não pode *“por si mesmo determinar agora que semelhanças e diferenças entre os indivíduos tem que ser admitidas para que suas regras tratem os casos semelhantes da mesma maneira, e sejam assim justas”*²⁷¹.

De acordo com sua visão, diferenças de enfoque moral ou político pesam para *“conduzir a diferenças e desacordos irreconciliáveis sobre que características dos seres humanos devem tomar-se como relevantes para criticar o direito como injusto”*.²⁷²

Nessa medida, um liberal tenderá a considerar injusta uma norma distributiva, ao passo que um socialista facilmente imputará igual pecha a uma norma que conduza a uma desigualação, baixada em nome da liberdade.

Essa sustentação milita no sentido da ampliação das possibilidades do conteúdo do princípio constitucional da igualdade, libertando-se da mera enunciação em seu aspecto formal, e assim, adiante poderá fundar um *discurso jurídico de inclusão*, na medida em que se estabeleça como irrelevantes certas diferenças inatas ou acidentais.

²⁷¹ HART, *El concepto... cit.*, p. 200-201, em tradução livre: *“Cuando pasamos de la injusticia de la administración del derecho a la crítica del propio derecho en estos términos, es obvio que el derecho no puede por sí mismo determinar ahora qué semejanzas y diferencias entre los individuos tienen que ser admitidas para que sus reglas traten los casos semejantes de la misma manera, y así sean justas.”*

²⁷² HART, *El concepto... cit.*, p. 201: *“Diferencias fundamentales e de enfoque general, en el plano moral y en el político, pueden conducir a diferencias y desacordos irreconciliables sobre qué características de los seres humanos deben tomarse como relevantes para criticar el derecho como injusto.”*

De acordo com SILVA, “Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade”²⁷³, conclusão que impõe a seguinte constatação:

“Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdade e propiciar a injustiça, daí porque o legislador, ‘sob o impulso das forças criadoras do direito [como nota Georges Sarotte], teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico’.”²⁷⁴

Uma possível via de preenchimento do preceito isonômico é a concepção dworkiana da igualdade de bem-estar e de recursos, que merece uma notícia destacada, também por se tratar de uma teoria de Justiça.

§ 33. Igualdade de bem-estar e igualdade de recursos

O conteúdo *moral* do Direito tem sido levado em conta por autores como DWORKIN, que, reconhecendo não ser simples a tarefa de reduzir, *através*²⁷⁵ do Direito, as desigualdades, postula dever-se atribuir um *conteúdo* à regra em causa.

De fato, o direito à “igual proteção da lei”, implica, na visão do referido autor, na consideração de que esta máxima implica na igualdade de bem-estar (*welfare*) e na igualdade de recursos (*resources*), sendo que cada uma delas responde de forma diferente para a questão do conceito de igualdade, e nenhuma dispondo de primazia sobre a outra.

²⁷³ SILVA, *Curso... cit.*, p. 217, referindo ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, in *O princípio constitucional da igualdade*, p. 118

²⁷⁴ SILVA, *Curso... cit.*, p. 216-7

²⁷⁵ Sobre a redução das desigualdades *através do Direito*, consulte-se CANOTILHO, *Constituição... cit.*, p. 380. Igualmente GOMES, *Ação afirmativa...*, *cit.*, que vê o direito como *instrumento de transformação social*

O jusfilósofo norte-americano procura estabelecer um conteúdo para a igualdade de fato, distinguindo entre igualdade de bem-estar e igualdade de recursos, propondo então que a primeira espécie de igualdade existe “quando os recursos (por exemplo, dinheiro) estão distribuídos de tal maneira que nenhuma outra redistribuição pode proporcionar uma medida maior de igualdade de bem estar (por exemplo, satisfação)” . A segunda igualdade se fará presente “quando os recursos estão distribuídos de uma maneira tal que nenhuma outra redistribuição pode proporcionar uma medida maior de igualdade de recursos” ²⁷⁶

Segundo esse conteúdo do princípio igualitário, todos devem ser tratados como iguais na maior parte dos sentidos possíveis, buscando reduzir o quanto possível o leque de distinções entre as pessoas pela consideração de que são, em princípio, arbitrárias e, assim, cumprindo o Direito com seu ideal de *integridade*, os indivíduos submeter-se-ão àquilo que se lhes for atribuído pela legislação, cientes de que o Direito contém o melhor critério da igualdade que se possa ter.

Conforme sustenta, a cláusula igualitária não elegeu aprioristicamente qualquer das fórmulas, embora exija que uma delas seja adotada, em cada caso posto sob exame, limitando-se assim os argumentos utilizáveis na solução das demandas.²⁷⁷

De acordo com sua proposta, “a aplicação prática da igualdade de recursos, por exemplo, exige uma compensação pela herança desigual de riqueza, saúde e talento através da redistribuição”, embora em sua concepção “libertária” de igualdade rejeite, como um “roubo”, em princípio, a redistribuição pura e simples.

²⁷⁶ cf. ALEXY, *Teoria... cit.*, p. 411, citando DWORKIN, R. What is Equality? (*Philosophy & Public Affairs* (1981), p. 186 e segs., em tradução livre: “La primera existe cuando los recursos (por ejemplo, dinero), están distribuidos de tal manera que ninguna otra redistribución puede proporcionar una medida mayor de igualdad de bienestar (por ejemplo, satisfacción). La segunda existe cuando los recursos están distribuidos de una manera tal que ninguna otra redistribución puede proporcionar una medida mayor de igualdad de recursos.

²⁷⁷ DWORKIN, *O império... cit.*, p. 455/456

Tal concepção da igualdade requer que tenhamos como norma que os interesses alheios têm o mesmo valor que os nossos: *“cada pessoa tem o dever geral de sempre tratar os interesses dos outros como se fossem tão importantes quanto os próprios”*, por que assim se conspira para que a comunidade enriqueça como um todo.²⁷⁸

A idéia da igualdade de bem-estar investe na idéia de que o governo trata as pessoas como iguais em seu sistema de propriedades quando suas regras asseguram, *grosso modo* o máximo de bem-estar possível, considerando da mesma maneira o bem-estar de cada pessoa.

Esta última compreensão da igualdade *“exige que o governo designe e distribua a propriedade de modo a tornar, na medida do possível, o bem estar de cada cidadão mais ou menos igual”*, ou que adote por objetivo *“a obtenção de resultados definidos no vocabulário não do bem-estar, mas dos bens, das oportunidades e de outros recursos”*, de modo que ao longo de suas vidas a riqueza dos cidadãos se torne mais igual possível.

A igualdade de recursos é diferente: os cidadãos, para os quais se disponibilizou a mesma quantidade de recursos, têm liberdade para consumir ou investir da forma que bem entender. Essa noção de igualdade admite *“que a riqueza das pessoas deve diferir, uma vez que elas fazem opções diferentes em questões de investimento e consumo”*, e que a igualdade em regra será preservada *“através de transações de mercado entre elas, ainda que essas transações tornem algumas mais ricas e felizes que outras”*²⁷⁹.

Quando a igualdade não é obtida naturalmente (i.e., pela ação das forças do mercado) é que se impõe uma correção, através da intervenção do Direito:

“A igualdade de recursos reconhece, porém, que as diferenças de talentos são diferenças de recursos, e por essa razão procura algum modo de atribuir aos menos dotados compensações que vão além daquilo que o mercado lhes concede.”²⁸⁰

²⁷⁸ DWORKIN, *O império... cit.*, p. 355. De acordo com a opinião de GOMES, *Ação afirmativa... cit.*, p. 69, esse autor é qualificado como utilitarista

²⁷⁹ DWORKIN, *O império... cit.*, p. 357/358

²⁸⁰ DWORKIN, *O império... cit.*, p. 358

Ou seja, uma concepção totalmente liberal da igualdade é de certo modo *autofágica*, por implicar, em certo prazo, na destruição da própria igualdade: sendo naturalmente inevitável a diferenciação de sucesso mencionada, sem uma concepção utilitarista “*a igualdade inicial em riquezas ou bem-estar será destruída*”. Uma igualdade de bem-estar, preconizada através de normas, trabalharia no sentido de se reequilibrar as coisas. É dizer: a igualdade de recursos deve trabalhar no sentido da igualdade de bem-estar.

Não se aspira, como diz J. A. SILVA, novamente com apoio em C. L. ROCHA, “*uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tal grande e injusta que impeça o homem de ser digno e feliz em seu destino.*”²⁸¹

Essa busca por equilíbrio não pode ignorar simplesmente as ambições privadas — que estão na raiz do progresso econômico —, de modo que essas concepções podem implicar no conflito entre a opção individual e a atuação coletiva, nesse ponto se estabelecendo a importância da distinção entre responsabilidade pública e responsabilidade privada pela redução das desigualdades.

Nessa perspectiva, o autor toma partido da concepção da igualdade — valor que é absolutamente central em sua teoria — como igualdade de recursos, que, como vista, toma em conta as diferenças entre as pessoas, numa espécie de “igualdade competitiva”.

Propõe-se nessa teoria de Justiça que se leve em conta a diferença de talentos ou de méritos, ao lado da preservação dos direitos individuais reconhecidos, interpondo-se aí a ação estatal no sentido da redução das desigualdades de recursos, com maior peso do que a responsabilidade privada:

²⁸¹ SILVA, *Curso... cit.*, p. 216

“ao contrário dos cidadãos privados, [o governo] tem ao mesmo tempo obrigações e oportunidades de melhorar a distribuição até então criada pelo direito; tem responsabilidades que eles não têm, e dispõe de meios e estratégias aos quais eles não têm acesso. (...) O governo deve examinar e alterar constantemente suas regras de propriedade usando o radicalismo se necessário, para aproximá-las mais do ideal de tratar as pessoas como iguais segundo a melhor concepção.”²⁸²

A igualdade de recursos deve assim ser prestigiada “*sobretudo como uma questão de política*”, e não uma questão de direito, recomendando “*um objetivo coletivo geral que respeite a igualdade de interesses tanto em termos gerais quanto estatísticos*”.²⁸³

Este *direito como integridade* tem um conteúdo mínimo, e um de seus postulados essenciais é o de que a todos deve ser dispensado um tratamento princípio igual. Um princípio de *ação afirmativa* seria resultante da responsabilidade pública pela redução das desigualdades.

Na busca da resposta à questão “qual o melhor direito?” — deve-se levar em conta que nenhuma concepção da igualdade é de plano rejeitada na solução do caso pelo julgador ideal, que toma todas em posição equivalente rejeitando cada uma na seqüência do processo, pois uma delas deverá afinal persistir, ainda que momentaneamente, na perspectiva da decisão, como representativa da *integridade*.

Exemplar nessa construção terá sido a variação da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, na superação do entendimento fixado no caso *Plessy vs. Fergusson*, em 1896, pela decisão adotada no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* examinado em 1954, que julga inconstitucional a prática segregacionista, face os termos 14^a Emenda à Constituição americana, que consagra o mote da “igual proteção”, ou seja, adota uma interpretação que amplia e renova a concepção da igualdade, frente aos mesmos princípios constitucionais.

²⁸² DWORKIN, *O império... cit.*, p. 372

²⁸³ DWORKIN, *O império... cit.*, p. 372-374

Observa G. CITTADINO, a propósito, que a tendência doutrinária através da qual se entendia que deveria ser buscada a “intenção original” do legislador — o que poderia validar a regra de *Plessy* —, vendo a cláusula constitucional como uma espécie de “*momento canônico de criação*” sofreu grande revés com a regra igualitária emanada de *Brown*: “*se a interpretação constitucional, como asseguram os ‘originalistas’, não pudesse se desvincular da intenção original dos autores da Constituição, a segregação racial nas escolas públicas não teria sido declarada inconstitucional*”²⁸⁴

O conceito liberal da igualdade, defendido contra os céticos, como HART²⁸⁵, que julgam impossível justificá-la dentro do liberalismo, implica em que “*os seres humanos devem ser tratados como iguais pelo governo, não porque não exista certo e errado em moral política, mas porque é assim que está certo.*” De tal sorte, “*a concepção liberal da igualdade é um princípio de organização política exigido pela justiça, não um modelo de vida para os indivíduos*”.²⁸⁶

O direito assim compreendido pretende servir às virtudes da fraternidade, apontando para o futuro.

§ 34. A igualdade e o princípio da proporcionalidade

A regra aristotélica — devemos tratar a todos de maneira igual da medida de suas igualdades e de maneira desigual na medida das desigualdades — pode ser expressa, como se viu, em duas formulações:

“Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”

“Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”²⁸⁷

²⁸⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva* - elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 192

²⁸⁵ HART, *El concepto...* **cit.**, cap. VII

²⁸⁶ DWORKIN, *O império...* **cit.**, p. 328

²⁸⁷ cf. ALEXY, *Teoría...*, **cit.**, p. 408, em trad. Livre: “*Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual*” e “*Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.*”

Encontrar tais razões é objeto de argumentação, debate, e, principalmente, de busca incessante pela superação das desigualdades *de fato*, que estão, hoje, mais e mais na mira do Estado democrático e social, inclusive envolvendo o Poder Judiciário no problema da distribuição das riquezas e oportunidades, como realização do valor Justiça.

Entretanto, sugere ALEXY, assim propondo um papel diferente para o Poder Judiciário nessa definição, que não se deixe, ou não se deixe com exclusividade ao legislador a eleição das vias de redução das desigualdades:

“o sentido dos direitos fundamentais consiste justamente em não deixar nas mãos da maioria parlamentar a decisão sobre determinadas posições do indivíduo, é dizer, em delimitar o campo de decisão daquela e é próprio das posições jusfundamentais que possa haver desacordo sobre seu conteúdo”²⁸⁸.

De modo que quando a Constituição estabelece o preceito equiparatório, não se podendo achar no princípio da dignidade da pessoa humana “*uma pauta racionalmente controlável de nível constitucional*” para o estabelecimento de critérios de igualdade, tudo se volta a “*uma questão de ponderação*”, efetivada no nível dos direitos fundamentais, mediante princípios que “*podem levar-se a cabo racionalmente*”.²⁸⁹

Assim, ganharia força como regra moderna de Justiça e fundamento das ações afirmativas o princípio da proporcionalidade, que envolve três máximas:

Ponderação: “O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender a relação de adequação medida–fim, com os fins que motivaram a sua adoção”²⁹⁰

²⁸⁸ cf. ALEXY, **op. cit.**, p. 412, em tradução livre: “*El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella y es propio de las posiciones iusfundamentales el que pueda haber desacuerdo sobre su contenido.*”

²⁸⁹ cf. ALEXY, *Teoría... cit.*, p. 414, em tradução livre: “*Pero, el principio de la igualdad de hecho ofrece una pauta racionalmente controlable de rango constitucional. Exige una orientación por el nivel de vida efectivamente existente y permite quedarse debajo de éste a la luz de los principios opuestos. Por cierto, de esta manera, todo se vuelve una cuestión de ponderación. Pero, esto no es, primero, algo insólito en cuestiones de derechos fundamentales y, segundo, las ponderaciones pueden llevar-se a cabo racionalmente.*”

²⁹⁰ cf. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1995, p. 79

Necessidade: “o fim não pode ser atingido de outra maneira [senão a] que afete menos ao indivíduo”²⁹¹

Proporcionalidade em sentido estrito: “quanto maior é o grau de não atisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”²⁹²

Visto sob o enfoque da supremacia do interesse público sobre o particular, então, deve ser adotada sempre a medida mais adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar²⁹³, e torna-se obrigatória a opção do legislador ou do executivo pelo meio menos gravoso, ou, do ponto de vista de quem é afetado, autoriza-se a ele pedir prova de que é a única possibilidade viável para obtenção de fins e de menor custo — um cálculo do custo-benefício, enfim.

Assim, para “*otimizar as possibilidades jurídicas, eles [os pesos relativos dos princípios afetados] só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro*”²⁹⁴, o que significa, em verdade, que os interesses envolvidos com os princípios devem receber a menor afetação possível.

As políticas de intervenção estatal na sociedade, via de regra, envolvem balanço de interesses e, eventualmente, direitos, atuando pelo confronto entre princípios, por exemplo, entre o da igualdade e o do mérito, a depender do interesse prestigiado pela norma como o que deve ser protegido.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade fundamentará, além da própria política, a adoção de limites para a consecução das finalidades fixadas na Constituição, inclusive via ação afirmativa, fornecendo parâmetros para seu controle.

²⁹¹ Cf. STUMM, *Princípio...*, **cit.**, p. 79

²⁹² STUMM, *Princípio...*, **cit.**, p. p. 80: é propriamente a regra da pragmática ou lei da ponderação conforme a formulação proposta por ALEXEY

²⁹³ Cf. STUMM, *Princípio...*, **cit.**, p. 79

²⁹⁴ STUMM, *Princípio...*, **cit.**, p. 81. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* – estudos de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 72, registra a opinião prevalecente na doutrina constitucional mais moderna de que “*em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade*”

É importante referir, por outro lado — como função extra do princípio da proporcionalidade —, a notícia de que a doutrina e a jurisprudência norte-americanas vêm adotando a “*teoria do impacto desproporcional*” (*Disparate Impact Doctrine*), como justificação constitucional para algumas políticas de ação afirmativa.

J. B. GOMES registra sua validade para o direito norte-americano e ressalta sua “*notória filiação ao Princípio da Proporcionalidade*”, e dá a sua formulação:

“toda e qualquer prática empresarial, política ou governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas”.

P. L. MENEZES²⁹⁵, enfatiza que de fato aí se cristalizou na jurisprudência a tese do impacto desproporcional, “*segundo a qual os autores de processos judiciais poderiam demonstrar a natureza discriminatória de várias práticas, tais como simples testes de inteligência ou aptidão*”, sendo dispensados de provar, por outro lado, até porque seria uma prova muito difícil, “*que os empregadores tinham a intenção de promover a discriminação, mas apenas que práticas específicas, independente de quaisquer motivos, tinham reflexos discriminatórios para os negros ou outros segmentos da sociedade*”.

Tem-se uma espécie de “discriminação de resultados”, obtidos através de “*práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório*”, atuando a lei, ao equiparar situações originalmente desiguais no plano dos fatos, como geradora de desigualdades sobre certas pessoas ou grupos, ainda quando ausente um “intuito deliberado de discriminar” nesses procedimentos: “*ao contrário, cuida-se muitas vezes de práticas já arraigadas, consolidadas no cotidiano, e por isso mesmo consideradas legítimas pela grande maioria das pessoas, gozando também da chancela dos operadores do Direito*”.²⁹⁶

²⁹⁵ MENEZES, *A ação...*, cit., p. 97

²⁹⁶ GOMES, *Ação afirmativa...* cit., p. 24

O Direito Constitucional brasileiro acolhe o princípio da proporcionalidade, que opera fundamentalmente como parâmetro de aferição da constitucionalidade das normas infra-constitucionais, “*com ênfase substantiva*”, em que deve prevalecer “*a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados*”, como conclui R. D. STUMM²⁹⁷.

Nenhuma dúvida pode haver sobre o interesse coletivo na redução das desigualdades não fundadas segundo uma pauta racionalidade, tais como as resultantes da discriminação dita *racial*, ou do preconceito de cor. “*Nesse sentido, tem o princípio da proporcionalidade um papel importantíssimo para a racionalidade do Estado de Direito: a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais*”.²⁹⁸

Operando como um princípio da interpretação constitucional, impõe a prevalência dos interesses comuns da sociedade, com o menor sacrifício possível para os legítimos interesses particulares. O princípio da proporcionalidade operará deste modo como parâmetro de crítica às regras (de seleção, de escolha, de concessão de benefícios etc.) que, embora *facialmente neutras*, sejam *tendencialmente discriminatórias*, implicando, pelos resultados que delas advém, num *impacto desproporcional* sobre grupos desprotegidos pelo sistema.

É dizer: por essa via seria possível sustentar que todas ou algumas dentre essas regras merecerão uma interpretação que lhe atenuie o rigor, para propiciar a adoção de políticas de *inclusão social*, ampliando o conceito de ação afirmativa que a própria Constituição, pontualmente, adota.

O *excesso legislativo* — seja qual for o sentido pelo qual opere — é contrário à Constituição, porque o princípio da proporcionalidade o proíbe. Exemplar é a seguinte ementa, da lavra do Ministro CELSO DE MELLO, em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal:

²⁹⁷ STUMM, *Princípio... cit.*, p. 173. MENDES, *Direitos..., cit.*, p. 87, entende assim, citando vários casos examinados pelo STF e registrando que esse princípio “*tem a sua sedes materiae na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV)*”.

²⁹⁸ STUMM, *Princípio... cit.*, p. 173

“(…) A cláusula do devido processo legal — objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição — deve ser entendida, na abrangência de noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual ao Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.”²⁹⁹

Não se limita, contudo, o excesso legislativo ao desvio no editar normas disparatadas, estendendo-se também à omissão injustificável, conforme essa corrente doutrinária, da qual partilha, dentre outros G. F. MENDES:

“O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. (...) Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo.”³⁰⁰

Ora, o dever de redução das desigualdades é fundamentalmente um *dever de legislar*, de modo que a omissão no adotar políticas de inclusão de *minorias* vítimas de reconhecida discriminação *racial*, seria obrigatória, pena de omissão constitucionalmente controlável.

Todavia, mesmo uma política nesse sentido deverá respeitar o princípio da proporcionalidade, de sorte que estaria aberto o campo para uma eventual crítica a um *excesso*, resultante, por exemplo, da adoção do sistema de *cotas fixas*, ao invés do sistema de *metas flexíveis*, como à situação inversa (omissão legislativa) seria verdadeira.

²⁹⁹ BRASIL. STF. ADI 1063 MC-QO/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. Em 18.5.1994, Tribunal Pleno, Publ. DJ 27.4.01, p. 57. Ement. vol. 2028-01, p. 83

³⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: novas leituras, artigo in *Direito Administrativo contabilidade e administração pública*, nº 3, Março/2000, p. 23 ss

Essa censura vem se firmando na jurisprudência alienígena, como nos dá notícia MENEZES³⁰¹, que esclarece estar sendo mais prestigiada a ação de *metas*, inclusive mediante treinamento específico aos beneficiados.

O princípio da proporcionalidade de fato atua no sentido da proibição do excesso, “*que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.*”³⁰², quando, por exemplo, está baseada num erro de prognóstico:

“Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo dos direitos fundamentais”³⁰³

Ora, o princípio da ação afirmativa baseia-se no reconhecimento do *paradoxo da igualdade*, que em essência é a impossibilidade de se alcançar a igualdade formal senão pela superação das desigualdades materiais pré-existentes, que pode implicar no sacrifício transitório da própria máxima da igualdade.

Esse sacrifício, quando reconhecido como devido, deverá ser pautado, pois, pelo princípio da proporcionalidade, sob pena de inconstitucionalidade por excesso legislativo, seja pela constatação da existência de outros meios menos lesivos, seja pela aferição de que, embora *necessários*, foram *excessivamente* empregados.

Daí poder-se impor a conclusão de que o sacrifício ao princípio da igualdade perante a lei pela busca da igualdade *através* da lei, deverá ser o menor possível, *se não puder ser evitado*. Adiante, quando tratarmos das objeções apresentadas às políticas de *cotas raciais*, o assunto será revisitado.

³⁰¹ MENEZES, *A ação...* cit. p. 30

³⁰² MENDES, *Princípio...* cit., p. 24

³⁰³ MENDES, *Princípio...* cit., p. 25, transcrevendo uma decisão da Corte Constitucional Alemã

CAPÍTULO VI

IGUALDADE NO DIREITO DE SOLIDARIEDADE

§ 35. O dever constitucional da solidariedade

Dado que a Constituição define como objetivo fundamental da República também o de construir uma sociedade que, sobre ser “justa”, deve ser “solidária”, cabe examinar em que sentido e em que medida esta definição implica numa justificação para as políticas de ação afirmativa propostas ou já adotadas.

Em monografia sobre a origem do Direito de Solidariedade, como o denomina, J. F. CASTRO observa que *“para o discurso do solidarismo jurídico, os campos político e jurídico são chamados a assumir um papel de mediação entre os valores pessoais e coletivos”*, com o que, se apresenta como o verdadeiro fundamento atual do Estado de Direito Democrático, sem o qual este não se realiza.

“A construção da imanência do social, do direito de solidariedade, em que se realiza a síntese da moral e da lógica, do individual e do coletivo, do fato e do direito, não pode ser feita sem uma mediação jurídico-política.”³⁰⁴

O solidarismo *“pretende reconciliar a democracia com o socialismo”*, pressupondo o abandono do individualismo, o que pode se apresentar como um dos fundamentos possíveis para as políticas sociais interventivas, baseadas que estão justamente na proteção dos interesses coletivos em possível conflito com interesses individuais: é porque a comunidade quer prestigiar determinados valores, que essa concepção do jurídico se impôs, e a Constituição a abrigou.

Como diz M. UNGER.³⁰⁵, a solidariedade é oposta ao formalismo:

³⁰⁴ CASTRO, *A origem ... cit.*, p. 274 e s.

³⁰⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna - contribuição à crítica da teoria social*, trad. Roberto Raposo, São Paulo: ed. Civilização Brasileira, 1979, p. 216

“São tão grandes as fraquezas humanas e tão árduas as dificuldades e antagonismos que se lhes antepõem, que de pouco valerão a liberdade e a igualdade jurídica, se elas não forem regadas por um espírito de solidariedade”.

Esta solidariedade deve “*traduzir-se em formas efetivas de aproximação, em que o conflito se faça substituir a confraternização e a colaboração*”³⁰⁶, isto é, não se deve limitar a um mero sentimento individual: “*A essência da solidariedade é o sentimento de responsabilidade que nutrimos por aqueles cujas vidas se relacionam com a nossa, de um modo ou outro, e a nossa maior ou menor disposição de compartilhar seu destino*”³⁰⁷

Por seu turno, B. S. SANTOS³⁰⁸, vê na solidariedade uma das dimensões das “*representações inacabadas da comunidade*”:

“No caso da solidariedade, a sua colonização ocorreu, nos países capitalistas desenvolvidos, através de políticas sociais do Estado-Providência, embora também aqui de forma incompleta. Além disso, na esmagadora maioria dos Estados-nação, a solidariedade comunitária não especializada — o que desigmo por sociedade providência — continua a ser a forma dominante de solidariedade.”

A essência de sua compreensão, neste particular, é a de que, transitando do paradigma moderno da *regulação* para o pós-moderno da *emancipação*, todo conhecimento deve se voltar para a solidariedade, que se transforma na “*forma hegemônica de saber*”, no sentido da instauração de um “*novo senso comum ético: um senso comum solidário*”³⁰⁹.

Critica esse autor o modelo ungido pela modernidade, que valoriza a “*ética antropocêntrica e individualista decorrente de uma concepção muito estreita da subjetividade*”, da qual o mérito individual é sintoma: “*confinada ao espaço contíguo e ao tempo imediato, a ética liberal funciona numa seqüência linear: um sujeito, uma ação, uma conseqüência*”³¹⁰.

³⁰⁶ UNGER, *O direito...*, **cit.**, p. 216

³⁰⁷ UNGER, *O direito...*, **cit.**, p. 216

³⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, vol. I: *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*. 3ª edição, São Paulo: Cortez, 2001, p. 74 ss.

³⁰⁹ SANTOS, *Para um novo senso comum...*, **cit.**, p. 79

³¹⁰ SANTOS, *Para um novo senso comum...*, **cit.**, p. 111

Propõe que na sociedade tecnológica, a partir da adesão ao conhecimento–emancipação, prevaleça o princípio da *responsabilidade*:

O novo princípio da responsabilidade reside na *Sorge*, “na preocupação ou cuidado que nos coloca no centro de tudo o que acontece e nos torna responsáveis pelo outro, seja ele um ser humano, um grupo social, a natureza, etc.; esse outro inscreve-se simultaneamente na nossa contemporaneidade e no futuro cuja possibilidade de existência temos de garantir no presente. A nova ética não é antropocêntrica, nem individualista, nem busca apenas a responsabilidade pelas conseqüências imediatas. É uma responsabilidade pelo futuro”³¹¹

A solidariedade é, nesse sentido, “com o futuro”, como diz o sociólogo do Direito português, numa “visão alternativa do futuro”, desenhada a partir da proposta de um “*conhecimento prudente para uma vida decente*”³¹²

Definido em linhas gerais o conteúdo da solidariedade, cumpre verificar as possibilidades decorrentes da adesão pela Constituição brasileira ao objetivo de construir uma sociedade solidária, isto é, traduzir o seu conteúdo jurídico.

Trata-se de um daqueles fins que, na expressão de CANOTILHO, não exige uma definição das tarefas objetivas para alcançá-lo, mas que não pode ser negada em sua juridicidade específica, dentro da “pirâmide dirigente”.³¹³

Relativamente pois a tais fins “gerais ou globais”, diversos daqueles “concretos e específicos”, fala-se em “indeterminabilidade normativa”, com o sentido de que tanto podem atuar na conformação do âmbito normativo, como para a definição da “atuação global do Estado”³¹⁴.

Mesmo assim não dispensa uma definição de conteúdo, na medida em que, adiante, poderá servir de fundamento para políticas “afirmativas”, pois, “*sendo o Estado um organização, não pode prescindir da perseguição de certos fins*”³¹⁵, tendo para isso à disposição o Direito.

³¹¹ SANTOS, *Para um novo senso comum...*, cit., p. 112

³¹² SANTOS, *Para um novo senso comum...*, cit., p. 112

³¹³ CANOTILHO, *Constituição dirigente...* cit., p. 286

³¹⁴ CANOTILHO, *Constituição...* cit., p. 287

³¹⁵ BASTOS e MARTINS, *Comentários ...* cit., vol. I, p. 443 ss.

O ceticismo³¹⁶ quanto às possibilidades do discurso jurídico, é o ponto enfrentado pela concepção do direito de solidariedade, que pretende ver na exigência constitucional um fundamento possível para a atuação positiva do Estado.

A solidariedade, nessa cinca, pode ser vista como um dos instrumentos colocados pelo direito à disposição para a realização da Justiça. Nessa medida que se pode erigir uma crítica à posição que esvazie, em prol de uma suposta carência de conteúdo jurídico, o dever de construir uma sociedade solidária.

Ao introduzir um elemento de responsabilidade em face do “outro”, essa definição aproxima-se do fundamento das políticas de ação afirmativa, inclusive pelo eventual sacrifício a direitos que delas possa decorrer, pela discussão que na doutrina se travou a propósito da possível responsabilidade pela possível “culpa coletiva”, apontada no discurso que orientou a abolição do escravismo no Brasil³¹⁷.

Essa concepção da solidariedade então poderá ser útil em nossa investigação sobre o dever constitucional, a partir da constatação da *“impossibilidade de resolver-se o problema da solidariedade através de qualquer sistema de direitos baseados na igualdade de respeito ou em diferenças de mérito”*³¹⁸.

Ou seja, a solidariedade significar que *“ninguém poderá tirar proveito de seus direitos legais de modo a promover os seus objetivos independentemente de como outros possam ser afetados.”*³¹⁹

³¹⁶ Cf. CORREAS, Kelsen ... **cit.**, p. 79: *“La confianza en una comunidad solidaria, en la que todos tienen una sola y, em consecuencia, buena voluntad, se basa o en el desconocimiento de la naturaleza humana o en la confianza en la posibilidad de su cambio radical (SyE, p. 275)”*

³¹⁷ Nesse sentido, NABUCO: *“Por uma curiosa teoria, todos nós, brasileiros, somos responsáveis pela escravidão, e não há como lavarmos as mãos do sangue dos escravos. (...) Os brasileiros são todos responsáveis pela escravidão, segundo aquela teoria, porque a consentem.”* Embora questione o fundamento dessa visão, admite o autor que *“... fundada ou não essa é a crença de muitos”*. *O abolicionismo*, **cit.**, p. 168

³¹⁸ UNGER, *O direito ...* **cit.**, p. 216

³¹⁹ UNGER, *O direito...*, **cit.**, p. 218

O dever constitucional de legiferação, decorrente do objetivo de construir uma sociedade em que o valor solidariedade se imponha, deve respeitar assim essa diretriz, no momento da elaboração das normas e políticas públicas.

De tal arte, por mais que se critique por sua “abertura”, ou “plurissignificação”, trata-se de uma verdadeira e própria imposição constitucional, a saber, no sentido de uma atividade legiferante que considere a solidariedade a despeito de exigências atuais de respeito ao princípio isonômico ou diferenciação pelo talento.

Quando a Carta Magna assinala alguns dos objetivos do Estado brasileiro — não todos mas os fundamentais —, há que considerá-los ao menos como “*base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana*”³²⁰, ou seja fundar políticas sociais e leis que promovam tal valor.³²¹

A igualdade é Vista enfim como integrante do Direito de solidariedade, expressa os Estados Modernos, como observa FARIAS:

"O **Estado de solidariedade**, que encontra no discurso do direito de solidariedade sua mais perfeita expressão, constitui uma realidade **sui generis**, mais complexa, mais flexível e de maior mobilidade, a fim de garantir o funcionamento dos mecanismos de regulação social e menor realizar a relação do todo com as partes, e das partes entre elas."³²²

³²⁰ SILVA, *Curso ... cit.*, p. 110

³²¹ cf. RAWLS, *Uma teoria... cit.*, p. 113, se a solidariedade corresponder ao último lema dos revolucionários de 1789 – a fraternidade –, terá cabimento sua observação: “*se for interpretado como um princípio que incorpora as exigências do princípio da diferença, ele não é uma concepção impraticável*”, é, ao invés, “*um padrão perfeitamente factível*”. Crítico, KOLM, *Teorias...*, *cit.*, p. 259, assinala que, como é grande a desproporção de riqueza entre as distintas comunidades, essa tese impõe “*transferências substanciais entre essas comunidades. Contudo o sentimento intercomunitário de solidariedade que seria politicamente necessário para manter tais transferências encontra-se visivelmente ausente*”, exemplificando com o caso das comunidades brancas dos EUA, relativamente às comunidades dos negros pobres.

³²² FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 285

O direito de solidariedade passa a integrar a constituição *dirigente*, impondo um repensar do próprio princípio que, embora não excludente das demais concepções deste, passa a contar com o senso de responsabilidade coletiva.

§ 36. A igualdade e Justiça social na Constituição dirigente

J. J. CANOTILHO, defendendo a igualdade como verdadeira “*pedra de toque*’ do problema da *directividade constitucional*” vê na igualdade *através* da lei uma superação da “*concepção vazia ou tautologizante*” da igualdade perante a lei, compreendida esta como simples igualdade *na aplicação* da lei.

Sustenta o autor, como, de resto vem a ser a linha central de sua tese, que o legislador é em geral vinculado (de forma semelhante ao administrador na edição de atos administrativos pela lei) em sua atividade pela Constituição e, sacramentando esta um princípio de igualdade, está assegurando um “*direito justo*”, compreendido como direito fundamental à “*igualdade de oportunidades*”³²³.

No entanto, na Constituição Dirigente, a proibição do arbítrio se estende tanto à positiva obrigação de legislar³²⁴ — pena de omissão legislativa conducente à inconstitucionalidade — como à de não editar normas arbitrariamente desequiparadoras, pelo reconhecimento da função social da igualdade: “*a função de impulso e a natureza dirigente do princípio da igualdade aponta para as leis como um meio de aperfeiçoamento da igualdade através da eliminação das desigualdades fácticas*”.³²⁵

³²³ CANOTILHO, *Constituição... cit.*, p. 380/383

³²⁴ cf. CANOTILHO, *Constituição... cit.*, p. 255: “*o objectivo central da teoria da vinculação constitucional do legislador como vinculação jurídico-material positiva foi o de salientar que o problema da vinculação do legislador pela lei fundamental tem de ultrapassar esquemas simplistas dicotómicos como são os que opõem ‘execução’ de preceitos constitucionais (e daí o problema de discricionariedade) a ‘conformação’ da constituição, mais ou menos livremente efectuada pelo legislador (e daí a insistência na ideia de liberdade de conformação legislativa em desfavor da ideia de discricionariedade)*”

³²⁵ CANOTILHO, *Constituição... cit.*, p. 384

Se é verdade que o simples enunciado da máxima da igualdade não vincula por si só o legislador, exceto negativamente, a constituição que, tal como a nossa, no art. 3º, cuida de estabelecer como objetivo a erradicação das desigualdades sociais, terá baixado um dever concreto de atuação:

“ao impor ao legislador o dever de compensação da desigualdade de oportunidades, desencadeia a questão política e econômica da distribuição de recursos, suscita o problema da justiça social, obriga a tomadas de posição quanto ao processo de decisão política, agita enfim, as concepções globais do Estado e da sociedade”.³²⁶

Esse dever, para o autor, está sujeito inclusive a controle judicial, que irá apreciar “*a constitucionalidade da política*”, de sorte que a adequação constitucional das políticas públicas está, sim, sujeita a “*critérios de justiciabilidade*”³²⁷, tanto pelo lado da omissão legislativa como, parece evidente, pelo lado da verificação de eventuais excessos nas políticas adotadas.

Na Constituição Dirigente, o preceito igualitário concretiza o objetivo constitucional de eliminação das desigualdades sociais a que alude, no nosso caso, o art. 3º III da Constituição, funcionando, na teoria do autor português, como determinante absoluta, hierarquicamente vinculante da atividade legislativa.

FARIAS, nesse mesmo andar, defende que o solidarismo decorre do pluralismo jurídico registrado como tendência, implicando na *reestruturação da esfera pública*, constituindo esta “*a referência de um mundo comum onde a formação da identidade não admite o esmagamento do outro*”³²⁸.

Tratar-se-ia de uma “*imposição positiva heterônoma, cujo não-cumprimento justifica a sanção da inconstitucionalidade por violação do dever constitucional de compensação da desigualdade de oportunidades*”.³²⁹

³²⁶ CANOTILHO, *Constituição...*, **cit.**, p. 384-385

³²⁷ CANOTILHO, *Constituição...*, **cit.**, p. 275

³²⁸ FARIAS, *A origem...* **cit.**, p. 280

³²⁹ CANOTILHO, *Constituição...*, **cit.**, p. 384

Em nosso ordenamento, é verdade, ao sistema de verificação da inconstitucionalidade por omissão legislativa não tem sido dado o respeito que mereceu em outros países³³⁰, o que entretanto não pode significar uma autorização para que o legislador quede-se silente ante as desigualdades sociais que não se apresentem sobre bases justificáveis.

De tal arte, parece ser possível fundar um discurso de ação afirmativa na diretiva fundamental que liga o princípio da igualdade a um dever de redução do seu oposto, concretizando o sentido da “*igualdade através da lei*”.

³³⁰ SILVA, Curso..., cit., p. 49-50, entende que “a Constituição perdeu uma boa oportunidade de ir além... por não ter instituído o Tribunal Constitucional. (...) a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja.” Por igual, DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 140, adotando para a Constituição de 1988 o conceito canotilhiano de omissão quando a Carta “*consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas*”, critica o STF quando este confunde a ação para o controle da omissão inconstitucional do legislador com o mandado de injunção, citando casos que tornam ambos os institutos “*letra morta, já que impossível tornar efetiva a obrigatoriedade de legislar por parte daquele que tendo a obrigação de fazê-lo, não o fez.*” CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 318, por seu lado, reconhece que na transição do Estado *gendarme* para o Estado social e para a sociedade avultam “*fins, tarefas, diretivas e programas*”, por isso que “*no estatuto fundamental multiplicam-se as normas exigentes de **interpositio legislatoris***”, gerando a omissão legiferante uma “*agressão negativa dos direitos dos cidadãos*”. Adiante, p. 349, concorda que “*o Constituinte perdeu a oportunidade ... de conferir à decisão judicial proferida em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão, ao lado de alguns efeitos de natureza estritamente jurídica (...) outros de cunho político*”, embora não afaste a possibilidade de ação de perdas e danos contra o ente omissor.

§ 37. Igualdade como paradigma procedimental

Para G. CITTADINI³³¹, comentando a doutrina de HABERMAS sobre o dilema em que se encontra o Direito entre facticidade e validade, o paradigma do “direito formal burguês” se opõe ao “direito ao bem-estar”, na medida em que *“o primeiro é organizado em torno de uma concepção de autonomia privada que atribui aos indivíduos, enquanto participantes de um jogo mercantil, o direito de tentar realizar seus projetos de vida”,* satisfazendo-se por isso com *“uma igual distribuição de direitos”,* que é sua idéia de justiça ao passo que *“o paradigma de direito ao bem-estar — decorrente de uma crítica reformista ao paradigma de direito liberal — procura, precisamente, compensar as desigualdades materiais resultantes da ineficácia da ‘mão invisível’”,* na busca por uma *“concepção de justiça voltada para a realidade fática”*.

De acordo com o pensamento do filósofo da Escola de Frankfurt, ainda referido por CITTADINI, *“a disputa sobre a correta compreensão paradigmática do sistema jurídico ... é essencialmente uma disputa política”,* de forma que não se trata apenas de *“materializar os direitos existentes”,* mas de *“criar novos tipos de direitos”,* para superar as dificuldades existentes na realização dos projetos pessoais, embora o jogo se dê hoje no contexto da sociedade capitalista e liberal, que se impôs³³².

Não crê todavia que a adesão a um ou outro sistema signifique a solução para o dilema resultante da visão dworkiana, propondo um paradigma de “justiça procedimental do direito” uma espécie de meio-termo entre a distribuição de direitos iguais e a distribuição de benefícios sociais, superando o equívoco da suposição de que um ou outro possa assegurar justiça, a justiça da vida digna:

³³¹ CITTADINI, Gisele. *Pluralismo, ... cit.*, p. 207

³³² CITTADINI, *Pluralismo.. cit.*, p. 207

“ambos os paradigmas configuram uma mesma representação do cidadão enquanto ‘destinatário de bens’, equiparando, por um lado, bens e direitos e desprezando, por outro lado, o papel do cidadão como ‘autor’ do direito” (...) “o direito legítimo se reproduz apenas através de uma circulação do poder constitucionalmente regulada, que se alimenta da comunicação de uma esfera pública não corrompida e enraizada no núcleo das esferas privadas de um mundo da vida não distorcido, através das redes da sociedade civil.”³³³

Assim, a “chave normativa” desse paradigma procedimental “é a autonomia, e não o bem-estar. Em uma comunidade jurídica, ninguém é livre se a liberdade de uma pessoa é obtida com a opressão de outra”³³⁴, o que pode ser lido como uma restrição às políticas de inclusão, quando baseadas no sacrifício de interesses de uns em detrimento de outros, ou uma referência à necessidade de moderação dessas políticas, para que isso não venha a ocorrer.

§ 38. Igualdade material sob a reserva do possível

Questão que merece atenção sob outro critério, é o dos direitos a prestações positivas estabelecidas no sentido desse objetivo pela Constituição dirigente, quando colocadas sob *reserva do possível*, entendidos como aqueles colocados na dependência de determinadas condições de fato:

“Ora, a *escassez* dos recursos à disposição (material e jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um *dado* da experiência, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira *opção* quanto à respectiva afetação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa, já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento econômico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de um sistema global em que pesam todas as coordenadas que condicionam esse desenvolvimento.”³³⁵

³³³ CITTADINI, *Pluralismo...* cit., p. 209

³³⁴ CITTADINI, *Pluralismo...* cit., p. 209

³³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1983, p. 201. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: parte IV - direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 341, entende que a reserva do possível como razão para suspensão de direitos sociais há de se subordinar ao “*princípio da proporcionalidade, solidariedade e ‘igualdade real do povo português’*”.

Nestes casos, de acordo com CANOTILHO, se entende que o princípio da igualdade surge como fundamento relativo de uma imposição constitucional: “*não existe uma conexão necessária entre o princípio da igualdade como fundamento autônomo do dever de legiferação e a omissão inconstitucional por violação do princípio da igualdade*”³³⁶.

Por tal motivo, as opções sobre quais caminhos tomar no sentido da concretização do dever fundamental, tocarão ao poder constituído, “*não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação*”³³⁷, não se vendo possibilidade de um controle judicial pleno.

A *reserva do possível* pode implicar na recusa fundada em emitir legislação que não seja compatível com os recursos postos à disposição e, em consequência, frustrar eventuais anseios dirigidos ao legislador, o que terá reflexo na opção que se faça de edição de políticas afirmativas.

§ 39. Igualdade como conceito em construção

A idéia de aplicação geral do direito, expressa como uma cláusula de igual tratamento, vem ganhando espaço, hoje, como dotada de um valor supra-positivo, que o Direito reconhece.

A fórmula adotada pela cláusula legal de igual tratamento, entretanto, importa num sentido auto-limitativo, na medida em que, no momento da positivação, interpreta-se o valor da igualdade de forma restritiva, discriminando-se situações, ainda que sejam as que possam ser racionalmente sustentadas, segundo o pensamento prevalecente na comunidade.

³³⁶ CANOTILHO, *Constituição ... cit.*, p. 387

³³⁷ ANDRADE, *Os direitos... cit.*, p. 202

Essa racionalidade é histórica, existe no tempo e no espaço, o que implica na limitação, no momento do preenchimento dos vazios da cláusula igualitária, às condições determinadas socialmente, definindo-se a igualdade em função de categorias estabelecidas como racionalmente insustentáveis (raça, cor, credo etc.), ao menos quando sirvam de pretexto a uma discriminação desvantajosa.

O relativismo das bases éticas sobre as quais se erige a escolha dos parâmetros da igualdade recomenda, pois, que se dê à igualdade o caráter de valor em construção, jamais se definindo plenamente. Desde ARISTÓTELES, só se alcança a isonomia num sentido jurídico, na medida em que este objetiva as condições (geralmente negativas) pelas quais ela se define.

Idéia inacabada, a igualdade contudo está sob as rédeas do Direito, e é no progressivo alargamento das bases de aplicação deste que se tem verificado, de forma correlata, que categorias antes alheadas do processo se insiram no projeto igualitário. Destacou-se, no pensamento moderno, os recursos materiais — num sentido de distribuição de bens e de não-discriminação segundo a riqueza — e de bem estar, como uma aspiração de igualdade que incluía a felicidade das pessoas como objetivo.

O princípio jurídico-constitucional da Igualdade material, agasalhado pelos arts. 3º e 5º da Constituição como fundamento de políticas *afirmativas*, reclama uma definição de seu conteúdo.

Nas linhas precedentes, tentou-se estabelecer um panorama abrangente dessa necessidade, que, contudo, como se passa a averiguar, não dispensa um exame da questão do mérito, porque implicada na questão da igualdade, e na das políticas afirmativas, como objeção ou como seu fundamento.

TERCEIRA PARTE

ACESSIBILIDADE E CRITÉRIO RACIAL

“Conheço, finalmente, a outros muitos
Que foram almocreves e tendeiros,
Que foram alfaiates e fizeram,
Puxando a dente o couro, bem sapatos.
Agora, doce amigo, não terias
De veres que estes são aqueles grandes
Que, em presença do chefe, encostar podem
Os queixos nos bastões da fina cana.
Os postos, Doroteu, aqui se vendem,
E, como as outras drogas que se compram,
Devem daqueles ser, que mais os pagam.”

Critilo

CAPÍTULO I

IGUALDADE FORMAL E MÉRITO

§ 40. Introdução

Nossa Constituição estabelece como objetivos do Estado que, além de construir uma sociedade justa e solidária, ela seja “livre” (art. 3º, I), o que pode ter o significado que lhe emprestam BASTOS & MARTINS: “*o que o Texto Constitucional impõe não é aquela igualdade acenada pelos países autoritários, mas a igualdade compatibilizada com a igualdade*”, ou seja, seria um conceito liberal da igualdade, no qual “*um valor não pode ser obtido pelo esmagamento do outro*”, embora “*seja necessário que a liberdade seja utilizada com equilíbrio, moderação e até mesmo com limites*” pois “*a liberdade incondicionada leva à injustiça*”.³³⁸

Disso decorre, como observa o autor, que o Estado brasileiro “*filia-se ao modelo capitalista de produção também denominado economia de mercado*”³³⁹, embora “*temperado por graus diversos de intervenção do Estado*”, de sorte a pôr fora de dúvida de que a igualdade a ser buscada preserva a liberdade.

A adesão a um princípio igualitário liberal implica na permissão dada às pessoas para se destacarem individualmente. Assim, se é verdade que está prestigiada no mesmo local a busca da igualdade material (decorrente da obrigação de reduzir as desigualdades sociais injustificadas), ou seja, se está em linha de consideração a “igualdade de bem-estar”, não menos verdadeira será a constatação de que, uma vez assegurada a “igualdade de recursos”, está permitido que a riqueza das pessoas possa diferir, ainda que isto implique em maior grau de satisfação de umas em relação a outras.³⁴⁰

³³⁸ BASTOS & MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 1, p. 444

³³⁹ BASTOS & MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 7, p. 12

³⁴⁰ Cf. DWORKIN, *O império...*, cit., p. 357-8

De fato, se as opções de vida são livres, põe-se desde logo o problema do merecimento, que está, como também foi ressaltado embutido na concepção de Justiça e da igualdade, alçando-se pois como “princípio implícito” da Constituição, para adotar a classificação de BARROSO³⁴¹, decorrente da adesão ao modelo liberal da igualdade, que admite e até prestigia a iniciativa e a diferenciação individual, enfim, que possam as pessoas acumular quantidades diferentes de felicidade e bens.

Não decorre daí, e deve se insistir nisso, que a coletividade organizada no Estado não possa intervir para buscar o equilíbrio, perdido na luta de talentos individuais, sendo uma condição para o exercício das virtudes que o Direito prestigia.

A Constituição elegeu a igualdade como critério para o acesso ao serviço público, destacando com precisão, no art. 37, incisos I e II, um princípio de igual acessibilidade — ao declarar todos os “cargos, empregos e funções públicas” acessíveis “*aos brasileiros que preençam os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*” — e um princípio de mérito, concretizado na exigência de concurso público para a “investidura em cargo ou emprego público”, sendo esse concurso público de “provas e títulos”. Diz mais, que se aplica aos servidores públicos uma vedação de discriminação no acesso, inclusive por motivos de raça e cor, conforme art. 39, § 3º, com remissão ao art. 7º, XXX.

Acrescenta que deverá ser respeitada “*a natureza e a complexidade do cargo ou emprego*”, admitindo a ressalva das nomeações para cargo em comissão declarado sempre em lei de livre nomeação e exoneração, mas restringe de modo drástico essa exceção, ao impor que a escolha recaia sobre os ocupantes de cargos de carreira, é dizer, aqueles que foram selecionados pelo mérito, nos casos previstos em lei (inciso V), e dizendo, mais, que as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por ocupantes de cargos efetivos, que são preenchidos preferencialmente pelo critério preferencial do mérito.

³⁴¹ BARROSO, *Interpretação ... cit.*, p. 149 e ss.

Põe-se a questão do *mérito* como eventual *objeção* a um sistema de cotas, na medida em que, como se verá melhor adiante, essa proposta pode implicar num *desequilíbrio* a favor das categorias sociais que deseja prestigiar, e, também eventualmente, num *desprestígio* aos critérios meritocráticos de acesso aos postos públicos, pelo menos como vem sendo tradicionalmente compreendida a exigência do merecimento como condição para isso.

Daí a necessidade, num estudo que se propõe a investigar a questão do acesso ao serviço público mediante cotas raciais, da questão do mérito.

§ 41. **Origens do Mérito para o exercício de dignidades públicas**

Vem de PLATÃO uma primeira sistematização, com relevância para o Ocidente³⁴², da questão do mérito para o exercício de cargos públicos no Ocidente, no Livro Sétimo de sua *República*. Por entender que os homens, só pela compreensão da verdadeira virtude, conheçam o Bem, lamenta que a autoridade e a gerência dos negócios públicos seja entregue justamente àqueles desprovidos de tal espírito elevado.

Antes, reconhece que o governo é dominado pela mesquinhez do exercício do poder pelo poder: “*se descobrires uma condição preferível ao poder para os que devem mandar, ser-te-á possível ter um Estado bem governado*”, pois toda comunidade, onde os que mandam não demonstram nenhuma ânsia de enriquecer, é obrigatoriamente bem governada, e nela residem a paz e a concórdia.³⁴³

³⁴² Há registro de que as origens remotas de um sistema de mérito são contemporâneas no Oriente: “*Na China, o sistema de recrutamento de servidores para o serviço público teve início em 206 a.C. e subsistiu, com algumas modificações, até 1212. Os candidatos passavam por rigorosos exames escritos, e o apadrinhamento era evitado por um sistema de números que garantiam o anonimato. Além desse dispositivo para garantir a lisura do sistema, as provas passavam por três examinadores diferentes. Os exames eram muito concorridos. A relação candidato/vaga chegou a alcançar a proporção de 100 para um.*” BARBOSA. *Igualdade e meritocracia - a ética do desempenho nas sociedades modernas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 29

³⁴³ PLATÃO. *A república*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000, p. 232

Insiste em que só deveriam ser obrigados a assumir os cargos públicos os que, melhor educados que ninguém na ciência do governo, têm outra existência e outras honras muito preferidas às que lhes oferta a vida civil.

Em seu projeto de cidade ideal, propõe um extenso programa de formação de governantes, baseado no estudo das ciências, da ginástica e da filosofia, a ser fornecido pelo Estado, para os jovens, que ele privou da companhia de seus pais, processo que culminará na seleção daqueles que demonstrem mais virtudes, selecionando cuidadosamente os maiores talentos, para destacar aqueles que tenham demonstrado mais firmeza e constância tanto nas ciências como na guerra e em outras provas que a lei prescreva, para então educar-se na dialética.

Ou seja, o filósofo exige para os destinatário de tais deveres a perfeição física e moral que só àqueles que tenham alcançado as luzes é possível, tanto que só aos cinquenta anos de idade, após demonstradas essas virtudes, após enfim compreender a essência do bem, passam a exercer as dignidades públicas, eis que só então *“suportarão trabalhar nas tarefas de administração e governo, por amor à cidade, pois que verão nisso não uma ocupação nobre, mas um dever indispensável.”*³⁴⁴.

Para ARISTÓTELES, entretanto, a exigência de que *“as distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito’*”, tem sido origem de disputas e queixas, já que *“todos admitem que a distribuição justa deve concordar com o mérito num sentido qualquer”*, se bem que *“nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito”*: assim *“os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência”*, com o que o próprio mérito passa a ser visto de forma relativa.³⁴⁵

³⁴⁴ PLATÃO, *A república*, cit., p. 255

³⁴⁵ ARISTÓTELES, *Ética...* cit., 1131 a, 20-25

Fora do plano das idéias, o mundo grego assiste basicamente a critérios de hereditariedade na formação dos seus quadros civis e militares, sendo o processo mais elaborado em Roma, que é essencialmente aristocrático, através de eleição, escolha ou nomeação e sorteio, e também pela genealogia e pela riqueza, não alcançando jamais a plebe.

Na Idade Média ganhou certo prestígio o arrendamento de cargo público, que consistia em cessão a particular, mediante participação nos valores arrecadados. Em fins do Séc. XV, amplia-se principalmente na França a venda de cargos, segundo uma visão *patrimonialista* da coisa pública.³⁴⁶ O funcionário “profissional” triunfa, nos Estados mais evoluídos, durante o Século XVI, como esclarece M WEBER³⁴⁷, mercê das necessidades do absolutismo monárquico.

O desenvolvimento moderno da função pública, explica ainda M WEBER, “*exigiu a formação de um corpo de funcionários intelectuais especializados, altamente qualificados, e que se preparam, ao longo de anos, para o desempenho de sua tarefa profissional*”³⁴⁸, servidores unidos por um sentimento de honra e *Vocação*.

³⁴⁶ cf. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 63-67, citando fontes diversas

³⁴⁷ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Trad. Leonidas Hegenberg, Octany Silveira da Mota. São Paulo: Ed. Cultrix, 1996, p. 70

³⁴⁸ WEBER, *Ciência... cit.*, p. 69

Não se sabe ao certo quando o princípio da meritocracia se transformou na ideologia meritocrática, como informa BARBOSA³⁴⁹, e talvez um indicador útil para uma investigação nesse sentido seja o registro de M. WEBER, quando observa que o capitalismo moderno deve muito à ética protestante que se afirmou na transição da Baixa Idade Média, estabelecendo a valorização do trabalho e das capacidades individuais.³⁵⁰

Observa esse autor que se exigiu uma profunda especialização dos funcionários, primeiramente como conselheiros e guias dos príncipes, tal como o foi Maquiavel, evoluindo para a formação de “gabinetes”, enfim, no sentido da profissionalização do servidor, que acabou naturalmente entrando em conflito com as pretensões do autocrata, até porque viram a possibilidade de ascender a posições superiores, como a de Ministro.³⁵¹

Esses funcionários, *de carreira*, distinguiram-se na seqüência da evolução, dos *políticos*, embora não se trate de uma distinção estanque, indicando o caminho que se consolidou depois, da separação entre os que lutam pelo poder, e a ele se ligam precariamente, e os que a ele chegam de forma profissional.

A democratização no acesso aos cargos públicos deve muito, todavia, à Revolução Francesa, que substitui a **ratio** medieval pela burguesa, a qual se confunde com a da própria modernidade, seu cientificismo e sua recusa à autocracia, incutindo-se a idéia de que o Estado é um bem de todos, valorizando-se daí a noção do mérito ou merecimento como filtro de acesso às principais honras dele decorrentes.

³⁴⁹ BARBOSA, *Igualdade... cit.*, p. 22

³⁵⁰ WEBER, *A ética ... cit.*, p. 51, menciona o desenvolvimento pessoal como verdadeira estratégia de sobrevivência, cf. a idéia darwinista da *persistência do mais apto*: “A economia capitalista moderna é um imenso cosmos no qual o indivíduo nasce, e que se lhe afigura, ao menos como indivíduo, como uma ordem de coisas inalterável, na qual ele tem de viver. Ela força o indivíduo, à medida que ele esteja envolvido nas relações de mercado, a se conformar às regras de comportamento capitalistas. O fabricante que se opuser, por longo tempo a essas normas será inevitavelmente eliminado do cenário econômico, tanto quanto um trabalhador que não possa ou não queira se adaptar as regras será jogado na rua, sem emprego. Assim, pois, o capitalismo atual, que veio para dominar a vida econômica, educa e seleciona os sujeitos de quem precisa, mediante o processo de sobrevivência econômica do mais apto.”

§ 42. Noção moderna de mérito

Sem embargo de, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ter se inaugurado um discurso jurídico do mérito, ao declarar formalmente que *“todos os cidadãos, por serem iguais, estão igualmente aptos a ocupar posições, cargos e empregos de acordo com suas capacidades e sem qualquer outra distinção que não sejam suas virtudes e talentos.”* (art. 6º), o Direito pouco se ocupa de atribuir um conteúdo ao princípio do mérito, o qual é mais encontrável na filosofia, na sociologia, ou na ciência política.

E mesmo nessas áreas, como com razão observa L. BARBOSA, apresenta-se uma espécie de diluição *“nas discussões sobre o desempenho, sua avaliação, justiça social, reforma administrativa e do Estado, neoliberalismo, competência, produtividade etc., e nunca de forma clara e explícita”*, não vendo além disso quase nenhuma preocupação da sociedade com a questão do mérito, que é *“o principal critério de hierarquização social das sociedades modernas.”*³⁵²

Num primeiro olhar, L. FISCHER distingue a substituição levada a efeito, nas sociedades industriais, do poder *“baseado no nascimento ou na riqueza”*, como virtude da *“função exercida pela escola”*, através do qual *“as posições sociais são ... adquiridas graças à capacidade individual”*:

*“De acordo com esta definição, os méritos dos indivíduos, decorrentes principalmente das aptidões intelectivas que são confirmadas no sistema escolar mediante diplomas e títulos, viriam a constituir a base indispensável, conquanto nem sempre suficiente, do poder das novas classes dirigentes, obrigando também os tradicionais grupos dominantes a amoldarem-se.”*³⁵³

³⁵¹ WEBER, *Ciência...*, cit., p.70-71

³⁵² BARBOSA, *Igualdade ...* cit., p. 21

³⁵³ FISCHER, Lorenzo. Meritocracia. In *Dicionário de política...* cit., p. 747, citando Bordieu e Passeron

Por seu turno, L. BARBOSA, define-a, ao nível ideológico “como um conjunto de valores que postula que as posições dos indivíduos na sociedade devem ser consequência do mérito de cada um”: é um critério que “rejeita toda e qualquer forma de privilégio hereditário e corporativo”, desvalorizando, em sua dimensão negativa “variáveis sociais como origem, posição social, econômica e poder político no momento em que estamos pleiteando ou competindo por uma posição ou direito”³⁵⁴, funcionando, de resto, como um dos consensos históricos, advindos da Revolução Francesa, na luta contra a discriminação social.

No plano jurídico, G. JÈZE não coloca qualquer dúvida sobre o mérito ser um princípio e uma regra constitucional, transcrita inicialmente da *Declaração* de 1789, embora não cuide de atribuir de imediato um conteúdo universal para ele:

“Este princípio, inscrito nas Constituições de 1791 e 1793 e reproduzido pela de 1848, já não necessita ser proclamado nas Constituições, pois constitui o fundamento da organização política e administrativa da França moderna.”

Enfatizando o caráter jurídico da norma constitucional, o administrativista francês destaca que “*não se trata unicamente da proclamação de um ideal político, mas uma regra de direito, obrigatória para as autoridades públicas*” enfatizando:

“Tem uma significação muito prática para as autoridades investidas do poder de nomeação. Salvo quando existisse um texto legal, a decisão que negasse a uma pessoa o acesso a uma função pública, por outras razões além das derivadas de ‘sua capacidade, de suas virtudes e de seus talentos’ seria juridicamente nula.”³⁵⁵

³⁵⁴ BARBOSA. *Igualdade... cit.*, p. 24

³⁵⁵ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, vol II² - los agentes de la administración pública. Trad. espanhola de Julio N. S. M. Almagro. Buenos Aires: Editorial DePalma: 1949, p. 35-36. Em trad. livre: “Este principio, inscrito en las Constituciones de 1791 y 1793 y reproducido por la de 1848, já no necesita ser proclamado en las Constituciones, pues constituye el fundamento de la organización política y administrativa de la Francia moderna. No se trata unicamente de la proclamación de un ideal político, sino que además es **una regla de derecho, obligatoria para las autoridades públicas**. Tiene una significación muy práctica para las autoridades investidas del poder de nombramiento. Salvo que existiese un texto legal, la decisión que negase a una persona el acceso a una función pública, por otras razones que las derivadas de ‘su capacidad, de sus virtudes y de sus talentos’ seria juridicamente nula.”

O jurista recomenda “*interpretar razoavelmente o princípio da igualdade dos indivíduos para o ingresso nas funções públicas*”³⁵⁶, o que não só justifica a exigência de formação prévia para o concurso a certos cargos, como permite a exclusão de candidatos incompatíveis com outros, mas não aprofunda um exame do que se deva compreender por “virtudes e talentos”.

Outras constituições, inclusive a nossa, a despeito da advertência da desnecessidade de figurá-lo expressamente, vêm mantendo sua enunciação, ainda que de modo não explícito.

³⁵⁶ JÈZE, *Princípios... cit.*, pp. 37-43, exemplificando, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês, com a situação do aspirante ao cargo de magistrado que houvesse exteriorizado publicamente uma opinião política contrária à forma de Governo republicano, ou com a do sacerdote que pretendesse a cátedra de determinada matéria que exigisse neutralidade religiosa, soluções que entretanto critica

CAPÍTULO II

O MÉRITO NO DIREITO BRASILEIRO

§ 43. O mérito no acesso ao serviço público no Direito brasileiro

O Brasil Colônia herdara da matriz os vícios típicos do *patrimonialismo* vigente em Portugal, e ainda em voga no Século XVI, para o preenchimento dos cargos e concessão das honrarias públicas.

A burguesia via nisso sua chance de ascensão social, como explica R. FAORO em clássico do pensamento sociológico brasileiro pois “*o funcionário está por toda parte, dirigindo a economia, controlando-a e limitando-a a sua própria determinação*”³⁵⁷, tornando esses postos muito atraentes.

De fato, “*a via que atrai todas as classes e as mergulha no estamento é o cargo público, instrumento de amálgama e controle das conquistas por parte do soberano*”³⁵⁸, o que justifica o grande interesse da nova classe em ocupá-los, pois “*os funcionários ocupam o lugar da velha nobreza, contraindo sua ética e seu estilo de vida*”.³⁵⁹

Para tal êxito, menos serventia tinha o sangue azul: “*a linhagem vale pouco, menos ainda o merecimento: a conquista ao emprego, ao posto à dignidade se faz à custa da intriga bem tecida, da conversa doce*”.³⁶⁰

Mesmo as Ordenações do Reino, que dispunham sobre algumas das qualidades que deveriam ter os servidores, não impediam que, nomeados por esse modo, tudo se acabasse em “*grossa corrupção*” — dada a confusão entre negócios públicos e privados, ou que os ocupantes dos mesmos postos, por serem seus *proprietários*, os vendessem:

³⁵⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro* - vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Globo: Publifolha, 2000, p. 92

³⁵⁸ FAORO, *Os donos do poder...*, **cit.**, p. 199

³⁵⁹ FAORO, *Os donos do poder...*, **cit.**, p. 96

³⁶⁰ FAORO, *Os donos do poder...*, **cit.**, p. 198

Como o emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos. Para a investidura em muitas funções públicas era condição essencial que o candidato fosse “homem fidalgo, de limpo sangue”(Ordenações Filipinas, L. I, tít. I), ou de “boa linhagem” (idem, tít. II). Nas Câmaras se exigia igual qualificação para a escolha dos vereadores entre os “homens bons” — embora, na realidade, esses caracteres fossem muitas vezes ignorados. Os “homens bons” compreendiam, num alargamento contínuo, além dos nobres de linhagem, os senhores de terras e engenhos, a burocracia civil e militar, com a contínua agregação de burgueses comerciantes. Os *Livros da Nobreza*, guardados pelas câmaras, sofriam registros novos e inscrições progressivas, sem, contudo, eliminar a categoria aristocrática. Não tardaria muito a venda dos empregos elevaria aos cimos da nobreza a burguesia enriquecida, para indignação e pasmo das velhas linhagens.³⁶¹

Com efeito, “o cargo confere fidalguia e riqueza. A venalidade acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela de poder que o acompanha.”³⁶²

Era então lógico que se desenhasse alguma reação, dados os ventos que sopravam do outro hemisfério.

A Constituição do Império de 1824 mostrou-se fortemente influenciada pela revolucionária quando fala do acesso aos cargos públicos, conforme o art. 179, inciso XIV, que praticamente traduz a redação do art. 9º da Carta francesa de 1793, a qual, por seu turno, preserva a versão dada originalmente, em 1791:

“Todo o Cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes.”

Por lei de 1831, limitada a algumas situações, estabeleceram-se alguns *critérios* de aferição do mérito, a qual seria feita já mediante concurso “em que se verifique se o pretendente tem os princípios de gramática da língua nacional e da escrituração ... boa conduta moral e idade de 21 anos para cima. Os casados em igualdade de circunstâncias serão preferidos aos solteiros.”

³⁶¹ FAORO, *Os donos do poder...*, cit., p. 198,

³⁶² FAORO, *Os donos do poder...*, cit., p. 93-94. É dele a citação dos versos de Critilo, de suas *Cartas Chilenas*, que abrem esta parte, ironizando a venalidade dos cargos públicos na época.

A mesma Constituição, todavia, embora reconhecesse formalmente “a igualdade de todos perante a lei” (art. 179, XIII), limita o direito de ser eleitor e assim a cidadania, por critérios diversos a algumas classes de pessoas (artigos 92 e 94, que excetuava “os libertos”), o que denunciava o seu caráter ambíguo, relativamente ao acesso.

§ 44. Período Republicano, persistência dos antigos vícios

Em 1891, a Constituição Republicana pretende abolir essas distinções, proclamando na declaração de direitos a acessibilidade “*aos cargos públicos civis, ou militares, ... a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir*” (art. 73), não mais “aos cidadãos”, deixando implícita a questão do mérito, ao não referir qualquer critério pré-estabelecido para sua aferição, o que naturalmente deixava uma enorme brecha para a manipulação política no preenchimento dos cargos.

Somente na Carta de 1934 é fixado tal critério, consagrando-se então o que cem anos antes se esboçara, ainda não, contudo, obrigatoriamente para o *acesso*, mas de forma clara para a chamada *estabilidade* (art. 168):

Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.

Art. 169. Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurada plena defesa.”

Percebe-se com facilidade que o mérito necessário para a estabilização poderia ser demonstrado no acesso (mediante prova) ou pelo tempo de serviço, certo que, para os que contassem com menos de dez anos, de acordo com o parágrafo único do art. 169, estava prevista a demissibilidade limitada aos casos de “*justa causa ou motivo de interesse público*”.

A Carta de 1934, entretanto, não continha uma exigência estrita de demonstração das “virtudes e talentos”, tanto porque admitia a nomeação sem prévio certame como pelo fato de permitir a estabilização daqueles que, pelo simples decurso de prazo, não tivessem sido demitidos.

A Constituição de 1937 corrige parcialmente essa falha, instituindo em seu art. 156, letras “b” e “c” o exame de mérito para a *primeira investidura*, mantendo entretanto a flexibilidade para a estabilização:

“A primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso *de provas ou de títulos*;

Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso *de provas*, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se;” (grifos meus)

Em 1946, ensaia-se uma ampliação dessa exigência, estendendo-se para outras situações, embora dispensada a menção a ser um concurso de provas, endurecendo também a regra da estabilidade:

“Art. 186. A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.”

Art. 188. São estáveis:

I — depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;

II — depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.

Ficam de fora da demonstração de seu merecimento os cargos isolados, e, conforme expressa a regra, também a exigência de qualquer demonstração de sua capacidade para a estabilização do que tiverem sido nomeados sem concurso.

A Constituição de 1946 deixou ao alvedrio do legislador a exigência ou não de concurso para os cargos não organizados em carreira, tampouco falando em provas ou em títulos, o que permitia certa liberdade de escolha dos meios de ingresso, ou seja, não vinculou necessariamente à demonstração da capacidade, embora os títulos sejam, no seu entender, critério constitucional de desempate “em caso de igualdade de preferência”, salvo se a lei os exclui.

Só com a promulgação da Lei 1.711/52³⁶³, isto é, sob a Carta democrática de 1946, que, por seu art. 255, prevê a legislação que qualquer acesso deve obedecer ao “*critério do merecimento absoluto*” (inciso II), ainda que remeta à legislação vigente a maneira como isso seria verificado:

“Art. 255. As vagas dos cargos de classe inicial das carreiras consideradas principais nos casos de nomeação, serão providos da seguinte forma:

I — metade por ocupantes das classes finais das carreiras auxiliares e metade por candidatos habilitados por concurso;

II — o acesso obedecerá ao critério de merecimento absoluto, apurado na forma da legislação vigente.

A Lei 3.780, de 12 de julho de 1960 (Diário Oficial de 12-07-1960) abrandou essa exigência de demonstração de “mérito absoluto”, relativizando-o ao regulamentar a “nomeação por acesso” — na verdade um provimento em cargo inicial de outra carreira — através do art. 34, § 5º:

“A nomeação por acesso, além das exigências legais e das qualificações que couberem em cada caso, obedecerá a provas práticas que compreendam tarefas típicas relativas ao exercício do novo cargo e, quando couber, à ordem de classificação em concurso de títulos que aprecie a experiência funcional”

A Constituição de 1967, malgrado o projeto democrático pelo Golpe de 1964, em seu art. 95, § 1º, apesar disso restabeleceu o mérito competitivo como critério fundamental de acesso aos cargos públicos:

“Art. 95. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§ 1º. A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos

§ 2º. Prescinde de concurso a nomeação para os cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

O sistema de averiguação de mérito para acesso a cargo público — não ainda para empregos públicos — da Carta outorgada em 1967 é semelhante ao de 1988, ao não discriminar os cargos públicos entre iniciais e de provimento derivado, respondendo a uma exigência moralizadora.

³⁶³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*, tomo VI (Arts. 157-218). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 319-331, observa que os funcionários públicos, que havia “cinquenta anos” pediam por um Estatuto, que organizasse o ingresso tiveram de esperar outros seis.

A Emenda 1/69, enfim, voltou a afrouxar o sistema rígido, não mais sem críticas cada vez mais severas da doutrina, que via a possibilidade de, sem provar sua capacidade, qualquer um que tenha ingressado no serviço em qualquer cargo fosse alçado a cargos de maior complexidade e remuneração:

“Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º. A *primeira investidura* em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, *salvo os casos indicados em lei*.

§ 2º. Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

Incisivas palavras lhe dirige por exemplo A. A. DALLARI:

“A redação (dolosamente) defeituosa do texto de 1969, art. 97, § 1º, dizendo que apenas a ‘primeira investidura’, somente em ‘cargos públicos’ é que dependia de aprovação em concurso público, ‘salvo os casos indicados em lei’, permitiu toda sorte de burlas e abusos, gerando um empreguismo desenfreado, um super inchamento dos quadros de pessoal, um descontrole completo do funcionalismo e a desmoralização do serviço público.”³⁶⁴

Leis como a de nº 5.645, de 10.12.1970, que institui a “ascensão”, prevendo-se o provimento de cargos obedecendo apenas a “critérios seletivos, a serem estabelecidos pelo Poder Executivo” (art. 6º), tornaram eficaz o abandono do merecimento como critério de acesso aos cargos públicos, ainda que tenha previsto, como faz esta, “um sistema de treinamento e qualificação”, após a transferência.

A despeito da crítica da doutrina mais consistente, que via aí infração ao princípio constitucional da acessibilidade então vigente, a prática administrativa, revelada em diplomas como o referido tornaram anularam qualquer tentativa de correção.

Com efeito, C. A. B. DE MELLO lembra do “nefando expediente” de, a pretexto de corrigir desvio de função, adotar-se a chamada “transposição de cargos”, através do qual se permitiria

³⁶⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 37

“... a candidatos que ultrapassaram apenas concursos singelos ... — e que se qualificaram apenas para eles — venham a aceder, depois de aí investidos, a cargos outros, para cujo ingresso se demandaria sucesso em concursos de dificuldades muito maiores”³⁶⁵.

DALLARI, citando referências doutrinárias, ainda relata que ao longo dos anos esse sistema permitiu “transformações de cargos” e “transposições”, meios pelos quais os “*apaniguados exercentes de cargos modestos eram contemplados com cargos os mais importantes*”, além de permitir que o acesso aos empregos e funções, porque não abrangidos na regra, se desse de forma descontrolada, gerando “*uma verdadeira enxurrada de admissões sem concurso para funções criadas por decreto*”, adotando-se preferencialmente o regime da CLT, sem qualquer formalidade, tanto para a admissão como para demissão.

Remetendo a M. G. FERREIRA Fº, que noticia também a existência das famosas “derrubadas” dos servidores nomeados pelo governo anterior, sem qualquer exame de merecimento, DALLARI filia-se aos críticos do modo adotado pela Carta outorgada em 1969.

Além disso, o sistema de 1969 admitia que uma lei — qualquer lei — dispensasse o concurso, embora sob severas críticas da doutrina e da jurisprudência, “*ensejando o surgimento dos famosos ‘trens da alegria’, que trafegavam impávidos, lotados de parentes, amigos e correligionários de parlamentares*”³⁶⁶.

Enfim, M. CAMMAROSANO critica na Carta imposta *manu militari* a possibilidade da “indiscriminada criação de cargos em comissão”, contra a regra implícita no sistema de que deveriam se destinar exclusivamente àqueles “*que a natureza das atribuições cometidas a seus titulares justifica sejam ocupadas por pessoas da absoluta confiança das autoridades superiores*”, artilho utilizado para contornar a regra do concurso público.³⁶⁷

³⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 45

³⁶⁶ DALLARI, *Regime... cit.*, p. 35-36, citando Márcio Cammarosano, referindo a Representação de Inconstitucionalidade 1.113-5/STF, cujo entendimento todavia não prevaleceu.

³⁶⁷ CAMMAROSANO, Márcio. *Servidores públicos*. In MELLO, Celso Antônio B. de (coord.) *Direito administrativo na constituição de 1988*, S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

A Carta de 1969 entretanto assegurava a igualdade de todos perante a lei no plano do acesso ao serviço público, e, seguindo uma tradição iniciada com a *Declaração* de 1789, proíbe privilégios ou restrições baseadas em ideologia, nobreza, classe, riqueza, raça e religião. O critério para o provimento do cargo em *primeira investidura* deve ser o concurso, que deveria ser “*prova de habilitação para a escolha dos melhores*”, conforme escólio de O. A. B. DE MELLO.³⁶⁸

Percebe-se desse quadro quanta dificuldade enfrentou a idéia da universalização de um critério de mérito absoluto para o acesso aos cargos e empregos públicos ao longo da história constitucional brasileira, as quais não foram superadas senão na véspera da aprovação da Carta de 1988, já que uma sugestão, constante do denominado Projeto “B”, mantinha na dependência do concurso apenas a “primeira” investidura, adjetivo que foi suprimido por emenda apresentada em 11.07.1988, sob a seguinte justificativa:

“O texto, da forma como está redigido, permite o ingresso no serviço público para carreiras cujas exigências de qualificação profissional sejam mínimas como mero trampolim para, por mecanismos internos muitas vezes escusos, se atingir cargos mais especializados.

Da mesma forma, por este dispositivo, nada impede que alguém ingresse em um órgão ‘X’, onde não há grande concorrência, e isso sirva como justificativa para admissão em outro órgão sem qualquer concurso.”³⁶⁹

Vislumbra-se sem qualquer dificuldade o nível de preocupação da doutrina e do próprio legislador constitucional, além da moralidade administrativa, com o mérito — é dizer, a capacidade — dos servidores, certamente decorrente do lamentável quadro decorrente da Emenda Constitucional 1/69.

³⁶⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 308

³⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 231- RJ, julgada em 05/08/92, ementa publicada no D.J.U. 13-11-92, p. 20848, Ement. Vol 1684-06, p. 1125 e na RTJ vol. 144, p. 24, voto do Ministro MOREIRA ALVES

É um dado sociológico que o Brasil a muito custo está tentando se livrar do viés *patrimonialista* na condução dos negócios públicos, pela qual as chamadas elites sempre se consideraram as donas do Estado, por aí se explicando a tendência anterior de se obter subterfúgios diversos para se contornar qualquer restrição ao *empreguismo*, que bem caracteriza, pelo lado do preenchimento das vagas no serviço público.

“O patrimonialismo, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas apropriação do cargo — o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência.”³⁷⁰

Esse vício impede que por muito tempo se imprima racionalidade ao aparelho estatal, pois este, como se disse, revelou-se herdeiro dos vícios que os nossos colonizadores trouxeram, os quais se impunha corrigir, vez que nem o republicanismo, nem “*a pressão da ideologia liberal e democrática*”, lhe serviu de remédio: “*O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título*”³⁷¹

De acordo com a loquaz expressão de FAORO, “*deitou-se remendo de pano novo em vestido velho, vinho novo em odres velhos, sem que o vestido se rompesse, nem o odre rebentasse*”³⁷², isto é, a simples enunciação de alguns princípios copiados de constituições alienígenas não terá servido para renovar nossa cultura em relação à res publica.

Daí ter a Constituição de 1988, assumidamente democrática, compromissária de outros valores, consagrado a regra do concurso e tentado sua universalização para pôr cobro, de uma vez por todas, na situação até aí reinante.

³⁷⁰ FAORO, *Os donos do poder...*, cit., p. 95

³⁷¹ FAORO, *Os donos do poder...*, cit., p. 379-80

³⁷² FAORO, *Os donos do poder...*, cit., p. 380

§ 45. O mérito na Constituição de 1988

A ementa abaixo transcrita, adotada na ADI 231 pelo Supremo Tribunal Federal consegue sintetizar o novo estado de coisas inaugurado com a Carta de 5.10.1988, dando o devido relevo à exigência absoluta, incondicional e universal de demonstração do mérito que deverá permear a legislação sob sua égide:

“(...) O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que e a “promoção”. Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. - O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o “aproveitamento”, uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo.”³⁷³

H. L. MEIRELLES saúda a regra porque através dela afastam-se *“os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.”* Assim sendo, concluía o mestre, com apoio em decisões do STF:

“Desde que o concurso visa a selecionar os candidatos mais capazes, é inadmissível e tem sido julgada inconstitucional a concessão inicial de vantagens ou privilégios a determinadas pessoas ou categorias de servidores, porque isto cria desigualdade entre os concorrentes.”³⁷⁴

³⁷³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 231- RJ, julgada em 05/08/92, ementa publicada no D.J.U. 13-11-92, p. 20848, Ement. Vol 1684-06, p. 1125 e na RTJ vol. 144, p. 24

³⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25ª edição. S. Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 396

De fato o STF guia-se por tal critério, no exame da constitucionalidade das leis organizadoras dos cargos e empregos público.³⁷⁵

O concurso tornou-se exigência geral, e, nesse andar, a concessão inicial de privilégios ofenderia à universalidade do direito de acesso que preserva o critério de mérito como exclusivo. Se o concurso preserva a publicidade, cada acesso a cargo seja ele constante de carreira, seja ele isolado, deverá ser precedido de novo concurso, independentemente de o candidato ser ou não servidor.

O conceito de “concurso público” dado por DALLARI expressa ao mesmo tempo as diversas exigências constitucionais e legais nele contidas:

“Concurso público é um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados. (...)”

“Em resumo, o concurso público é um instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Por isso, qualquer dúvida a respeito da realização de um concurso público deve ser resolvida à luz desses princípios, desprezando-se preciosismos inúteis, literalidades exacerbadas, e questiúnculas de somenos, bem como proscrevendo-se as meras encenações levadas a efeito para mascarar escolhas subjetivas.”³⁷⁶

Dele se distingue a ascensão por “promoção”, justamente porque aí o exame do mérito não será imprescindível, podendo conviver com o critério da simples antigüidade. A Constituição expurga ainda da ordem jurídica outras formas de acesso a um cargo inicial, inclusive os famigerados “concursos internos”, *“de concorrência restrita e aferição de mérito num universo limitado”*, porque estes deixam *“aos demais brasileiros uma parte das vagas para a concorrência sem essa restrição, e que, aí, sim, permite aferição do mérito, como, moralizadamente, o quer a atual Constituição”*³⁷⁷

³⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 402 – DF, Trib. Pleno – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 20.04.2001 – p. 00104. Cf. o voto do Min. Moreira Alves, a propósito do Lei 96/90 do Distrito Federal, que previa a realização de concurso público “para fins de efetivação” de antigos servidores celetistas. O STF julgou inconstitucional a disposição que previa essa sorte de concurso, por privilegiar os que já se achavam em exercício.

³⁷⁶ DALLARI, *Regime...* cit., p. 36-37

³⁷⁷ Cf. voto do Min. MOREIRA ALVES, condutor do voto dado na ADI 231/STF, cit.

Entretanto, a eliminação de critérios não meritórios não terá sido de todo espancada pela Constituição de 1988, vez que uma disposição transitória, o art. 19 do ADCT permitiu uma vez mais, à semelhança de algumas de suas antecessoras, fossem estabilizados no serviço público aqueles servidores contratados sem concurso no regime da Emenda nº 1/69, premiando os servidores com uma estabilização, desde que contassem, em 10 de outubro de 1988, com cinco anos continuados de exercício:

“Não havia e não há qualquer razão de interesse público nessa pródiga e irrazoada medida, cuja demagógica e eleitoreira causação parecia definitivamente sepultada pela simples omissão de coisa igual na Carta de 1969; entretanto, cadáver mal sepulto, ressurgiu do Hades para, segundo parece, arranhar o mesmo princípio da moralidade tão judiciosamente insculpido pela própria Carta no seu art. 37.”³⁷⁸

No plano da legislação ordinária, a influência da Constituição se faz sentir no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, a Lei 8.112/90, que alberga a regra do concurso (arts. 10 e 11), que iniludivelmente valoriza o merecimento para o acesso, demonstrado por provas, pelo menos, ou por estas e títulos, o que é válido para qualquer situação de provimento *efetivo*:

“O concurso público pode ser de provas, ou seja, de testes, de avaliações objetivas ou subjetivas, de questionamentos, que podem ser escritos, orais, práticos, ou, além disso, também de títulos, ou seja, diplomas, graduações adicionais, especializações, experiência excepcional, tempo de serviço público, tempo de desempenho na função em iniciativa privada, premiações, titulações as mais diversas.”³⁷⁹

Todavia, ainda persistiu um resquício de favorecimento não ligado a qualquer critério, no art. 243 e seu parágrafo primeiro, submetendo numa penada os servidores, contratados ou não pela via estreita do certame público (inclusive os *celetistas* contratados por prazo indeterminado sob o pálio da EC 1/69), *transformando* os seus empregos em cargos, em ato do legislador que inspirou muitos administradores dos diversos entes federados³⁸⁰.

³⁷⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 209

³⁷⁹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 40

³⁸⁰ inclusive o Estado do Paraná, como se vê da Lei 10.219/92, art. 70

É classificado de novo por RIGOLIN, como o “*artigo mais monstruoso, inacreditável, inadmissível e estapafúrdio de que se tem notícia... no panorama do direito público brasileiro*”, destratando a Constituição “*como o mais inútil dos papéis antigos*”³⁸¹

Entre tantas razões de crítica (inclusive certa parcela de responsabilidade pelo decantado déficit da Previdência do setor público), pode ser acrescida a questão de contrariar o princípio do mérito, já que não necessariamente todos os admitidos — aliás é bem possível que àquela altura a minoria —, tinham passado por algum tipo de seleção ou demonstração de suas capacidades.³⁸²

Mas, fazendo-se vista grossa a tais percalços, parece fora de dúvida que tal método de acesso ao serviço público foi consagrado, servindo as exceções a ele apresentadas como confirmação da regra, e não ao contrário.

Outros casos de acesso ao serviço público que não os regulados pelo regramento do concurso, com efeito, passaram a admitir tal filtro. Além dos casos de nomeação para cargos em comissão ou para o exercício de funções de confiança estarem, desde a Carta de 1988, sendo progressivamente limitados aos detentores de cargos ou empregos permanentes, a Lei 8.745/93, que veio regular a contratação para atender às necessidades excepcionais e temporárias da Administração Pública, regulamentando o art. 37, IX, da Constituição, adota como critério o do merecimento, seja por processo seletivo seja, no mínimo, através do exame de *curriculum vitae*.³⁸³

³⁸¹ RIGOLIN. *Comentários...* cit., p. 361-364

³⁸² A Procuradoria Geral da República argüiu, no STF, a inconstitucionalidade do art. 243 da Lei 8.112/90, sob o argumento de que viola o art. 37, II. ADI 2968, protocolada em 18.8.2003

³⁸³ Lei 8.745, de 9.12.93, “*Art. 3º: O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público. § 1º A contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública prescindirá de processo seletivo. § 2º A contratação de pessoal, nos casos dos incisos V e VI do art. 2º, poderá ser efetivada à vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do **curriculum vitae***”. Confira-se dissertação de SANTOS, Alvacir Correa dos. *Contratação temporária na administração pública*. Curitiba: Gênese, 1996

Pode-se dizer que a consagração do mérito como preferencial no acesso aos postos da Administração atingiu seu ápice com a Reforma de 1998, da qual trata-se a seguir.

§ 46. A meritocracia na Reforma Administrativa de 1998

A nova redação dada ao inciso II do art. 37 pela Emenda Constitucional 19 não suprimiu o sistema de aferição do direito de acesso aos cargos e empregos públicos pelo mérito demonstrado em concurso, ao prever que este deve respeitar “*a natureza e a complexidade dos cargos*”, pois esse acréscimo tem o sentido de adaptar os procedimentos evitando-se a lentidão e a rigidez incompatíveis com determinados casos.

Ao contrário, a elevação do princípio da *eficiência* como norteador da administração pública, através da nova redação dada ao art. 37, *caput*, tem como propósito aumentar a competitividade dos concursos públicos, como observa J. T. PEREIRA JR.³⁸⁴

A escolha dos agentes públicos sempre foi questão política relevante e continuará sendo, porque importa à definição do sistema e do regime de governo, influenciando nas relações entre a Administração e os administrados. Dentre todos os temas administrativos de que se ocupa a Emenda 19, este estará entre os mais genuinamente constitucionais. Esteve presente em todas nossas Constituições. Implica opção que o Documento Político Fundamental deve resolver. Em Estado de Direito, o concurso público é instrumento democrático porque, estimulando o critério do mérito, garante igualdade de acesso aos cargos e empregos do Estado para quantos se comprovem habilitados mediante procedimento seletivo aberto a todos.”

³⁸⁴ PEREIRA JÚNIOR, *Da reforma ... cit.*, p. 67

De igual pensar é M. R. LOPES, para quem “*se o inciso anterior [I] assegura a todos os brasileiros e agora aos estrangeiros, na forma da lei, o direito de potencialmente ascenderem à função pública*”, o concurso público é o procedimento “*que melhor garante o princípio da igualdade de todos e o interesse da Administração em admitir os melhores*”, agora sob as luzes da eficiência, que, longe de ser um “princípio” é mesmo a finalidade da Administração Pública.³⁸⁵

No plano da substituição de uma “administração burocrática”, por uma “administração gerencial”, como os proponentes da Reforma se dizem dispostos a realizar, algumas diretrizes ganharam relevo, de acordo com o autor acima referido: “*O concurso público respeita o princípio da igualdade na medida em que todos podem nele se inscrever (é por isso que ele é público) e o critério de escolha repousa nos maiores méritos do candidato.*”³⁸⁶

O critério de mérito, que o inciso II do artigo 37 da Constituição preserva no particular âmbito dos concursos, será então compatível com uma política de *cotas raciais*, ou mesmo de *metas raciais*, tal como a prevista? Seria o concurso público, na formulação atualmente consagrada, que concede grande prestígio ao mérito demonstrado em provas e títulos, discriminatório, no sentido de prejudicar os brasileiros que, por sua origem — causa das dificuldades naturalmente decorrente de décadas de discriminação explícita ou implícita — não acorrem aos certames ou, concorrendo em igualdade de condições, estão em desvantagem? Ou, o sistema de mérito admitiria uma interpretação que lhe mitigasse o alcance, para permitir um sistema que, em tese, pode beneficiar alguns em detrimento de outros?

³⁸⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa* - de acordo com as emendas constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p.p. 108-110. Confira-se sua crítica à eleição da eficiência como “princípio” (e não como verdadeira condição) da Administração Pública.

³⁸⁶ LOPES, *Comentários ...*, cit., p. 112

CAPÍTULO III

CRISE NA NOÇÃO DE MÉRITO

§ 47. Crítica ao modelo meritocrático de organização social

Viu-se que J. J. ROUSSEAU incluía o mérito na origem da desigualdade, ao observar que os governos têm sua gênese nas diferenças encontradas entre os particulares por ocasião da instituição.

Conforme sua análise, aristocracia se impõe quando a fortuna ou os talentos de alguns se sobrepujam aos demais, e, quando pela riqueza ou pela idade não se tomava o governo, o mérito, que dá um ascendente natural, se impunha, mas, logo umas e outras qualidades se desvirtuam, pois a desigualdade de talentos naturais é logo multiplicada pelo rendimento do trabalho, e, nesse curso, os mais corajosos ou mais atilados tornam-se mais ricos, justificando na seqüência o pensamento de que o Governo é um meio de proteção dos ricos contra os pobres.

Vislumbra o pensador francês aí o estabelecimento das bases de uma aristocracia hereditária, que é uma forma corrompida de perpetuação daqueles que, inicialmente, destacaram-se por suas virtudes, procedimento que se inclui na origem das desigualdades, e daí a necessidade de um contrato, sob o qual se permita sua correção.

Assim como a gerontocracia corrompe-se quando se torna hereditária, a aristocracia, se no princípio é capaz de dar um governo melhor, frustra-o quando a ambição pessoal se sobrepõe a essa exigência, ao dar causa a uma situação de riqueza destacada e tende a perpetuar-se.

Decorre daí que:

“constituindo as qualidades pessoais a origem de todas as outras, a riqueza é a última a que por fim todas se reduzem, porque, sendo a mais imediatamente útil ao bem-estar e a mais fácil de comunicar-se, servem-se dela para comprar todo o resto”.³⁸⁷

³⁸⁷ ROUSSEAU. *Discurso...* cit., p. 278

Segue-se que “*como esse desejo universal de reputação, de honrarias e de preferências, que nos devora, a todos adestra e põe em confronto os talentos e as forças*”³⁸⁸, conflito que inevitavelmente vai dar no estado de coisas que o absolutismo revelava:

“se vemos um punhado de poderosos e de ricos no cume das grandezas e das fortunas, enquanto a multidão rasteja na obscuridade e na miséria, é porque os primeiros só dão valor às coisas de que gozam por estarem os demais privados delas e porque, sem mudar de estado, deixariam de ser felizes se o povo deixasse de ser miserável.”³⁸⁹

A desigualdade então gera o preconceito, como consequência lógica: “*da diversidade das paixões e dos talentos, das artes inúteis, das artes perniciosas, das ciências frívolas, surgiria uma multidão de preconceitos, igualmente contrários à razão, à felicidade e à virtude*”³⁹⁰, mas que são úteis aos poderosos, que os fomentam para dividir os homens e dar à sociedade “*um ar de concórdia aparente*”, e assim fortalecer o próprio poder, que contém a todos.

Também a análise marxista, por não considerar apto o ideal de igualdade estabelecido pela burguesia, pois contaminado por suas próprias contradições, rejeita o princípio do mérito como razão para justificar qualquer forma de ascendência, e propõe uma associação onde o livre desenvolvimento de cada um é a condição do livre desenvolvimento de todos, como se diz no *Manifesto do Partido Comunista*, de 1848, ou seja, admitindo que devesse prevalecer sobre o mérito individual um critério de necessidade.

Ora, se o desenvolvimento de cada um está assim condicionado pelo desenvolvimento de todos, conclui-se que nenhum mérito pessoal poderia ser egoisticamente apropriado para apropriar uma maior fatia da riqueza produzida.

³⁸⁸ ROUSSEAU, *Discurso...* cit., p. 278

³⁸⁹ ROUSSEAU, *Discurso...* cit., p. 279

³⁹⁰ ROUSSEAU, *Discurso...* cit., p. 279

Na sociedade comunista do futuro, à fórmula de produção ou distribuição de tarefas “*a cada um segundo suas capacidades*” é regulada pela fórmula de distribuição de riquezas “*a cada um segundo suas necessidades*”, com o significado de, primeiro, descobrir-se as possibilidades produtivas de cada um e não exigir mais do que isso e, segundo, mediante um critério objetivo, distribuir o resultado conforme a necessidade de todos³⁹¹, que é um critério diverso do merecimento.

§ 48. A crítica contemporânea ao modelo meritocrático

A concepção de uma sociedade baseada no mérito recebe também a crítica que lhe dirigiu a Sociologia, no sentido de que não passa de uma mera ideologia que, antes de promover a *igualdade segundo o mérito*, perpetua e justifica a permanência das desigualdades, pois a distribuição prévia das oportunidades na sociedade liberal–capitalista é desigual:

“o sistema educacional, ao qual cabe sancionar as aptidões de cada um, funcionaria, na realidade, como mecanismo reprodutor da estratificação existente por causa dos inevitáveis fatores sociais que condicionam o êxito escolar. (...) “Por outras palavras, a seleção escolar meritocrática seria impossível de ser realizada e a função do sistema de ensino seria exatamente a de fazer com que pareçam naturais as diferenças de capacidade, quando, na realidade, essas diferenças decorrem da diferenciação social preexistente.”³⁹²

Como decorrência, um sistema de acesso ao serviço público baseado exclusivamente no mérito consagraria o princípio da igualdade formal, mas não a igualdade material, isto é, não levaria em conta o dever constitucional de redução das desigualdades sociais, e por isso apresentaria um déficit de Justiça, frente à exigência constitucional de realização da igualdade de fato.

³⁹¹ cf. KELSEN, *A justiça...* cit., p. 51-57

³⁹² FISCHER, *Meritocracia*, cit., p. 747, citando Bordieu e Passeron

L. FISCHER leva a crítica ao campo da ironia, citando M. YOUNG e sua concepção de uma sociedade imaginária na qual o princípio do mérito fosse amplamente generalizado, vendo aí possibilidade, em certo prazo, da constituição de uma nova elite, uma nova *“classe dirigente de homens perfeitamente selecionados, que, após numerosos e aprimorados testes de inteligência, puderam ter acesso aos mais altos graus de instrução, assumindo em seguida todos os cargos de direção.”*³⁹³

Nesse plano, *“com base em critérios científicos, os inteligentes são separados dos outros, tornando realidade duas classes claramente distintas, se bem que de tipo novo e com mobilidade genealógica completa”*³⁹⁴, e a classe superior, porque mais dotada, tem acesso a uma boa instrução e dispõe de notáveis privilégios econômicos e sociais, ao passo que a classe inferior recebe apenas a instrução elementar, e ser-lhe-á destinado apenas o trabalho subalterno.

Evidencia o autor que, ironia à parte, uma elite burocrática escolhida por critérios de merecimento tende, exatamente porque controla a administração e a execução da lei, a consagrar esse método, e assim eternizar uma nova forma de dominação ilegítima, ainda que de caráter meritocrático: *“o erro consistiria exatamente em se ter considerado fundamental a igualdade de oportunidades, que, no mundo atual, dominado por valores da eficiência produtiva da indústria, leva ... a uma desigualdade cada vez maior.”*

*“Se nós avaliássemos as pessoas não somente pela sua inteligência e cultura, pela sua ocupação e seu poder, mas também pela sua bondade e coragem, pela imaginação e sensibilidade, pelo seu amor e generosidade, as classes não poderiam mais existir”.*³⁹⁵

Trata-se de comentário que poderia ser estendido com tranquilidade às diferenças *raciais* na ocupação dos postos públicos. A crítica de FISCHER é contundente:

³⁹³ FISCHER, Meritocracia, *cit.*, p. 747, citando Michael Young, em ensaio intitulado *L'Avvento della meritocrazia, 1870-2033*, de 1958

³⁹⁴ cf. FISCHER, Meritocracia, *cit.*, p. 747-8, *idem*

³⁹⁵ cf. FISCHER, Meritocracia, *cit.*, p. 747-8, *idem*

“A atitude meritocrática representa o contrário da igualdade e de democracia, mesmo que, à primeira vista, isto não apareça claramente, porque uma seleção baseada na avaliação científica da inteligência e dos esforços de cada um pode parecer justa; o resultado, porém, será somente uma massa passiva cada vez mais desligada da elite intelectual.”

Com efeito, L. BARBOSA registra que em sua dimensão afirmativa, a meritocracia não passa isenta das críticas, não porque as pessoas discordem de ser avaliadas por suas habilidades e conhecimentos, mas porque *“existem múltiplas interpretações acerca de como avaliar o desempenho, do que realmente entra no seu cômputo, do que sejam talento e esforço, de quais são as origens das desigualdades naturais”* e assim por diante, levantando essa crítica questões importantes.

Nessa medida, transforma-se o mérito *“de instrumento de luta contra a discriminação social em critério de discriminação social das sociedades modernas”*, o que não significa que vá ser abandonado como estratégia de organização social, inclusive porque se trata de uma *“ideologia globalizada”*, isto é *“têm um grau razoável de autonomia em relação a contextos sociais e históricos particulares.”*³⁹⁶

Essa conclusão é apoiada por T. PARSONS, ainda no campo sociológico, pois, embora veja na *“revolução educacional”* uma *“filha do Iluminismo”* tão importante quanto as revoluções industrial e democrática, constata aí um instrumento paradoxalmente gerador de desigualdade:

*“As diferenças inatas para a realização de trabalho intelectual e nas orientações de família e motivações individuais significam que os níveis de realização e distinção educacionais variam. Este fator tornou-se proeminente no que hoje alguns denominam ‘meritocracia’ que, embora compatível com os ideais de igualdade de oportunidade, introduz novas formas de desigualdade real no moderno sistema social.”*³⁹⁷

Apesar dos problemas apontados, no pensamento jurídico brasileiro não são acháveis críticas aos sistemas de mérito. A doutrina alienígena entretanto tem avançado, exatamente a propósito da crítica que os defensores de tal critério às ações afirmativas.

³⁹⁶ BARBOSA, *Igualdade... cit.*, p. 22

Destaca-se nesse passo DWORKIN, comentando ao seu estilo um dos casos de *cotas raciais* levados à Suprema Corte³⁹⁸, refuta o argumento popular, lançado em editoriais da imprensa, de que cada um teria direito de ser examinado segundo seu mérito:

“Se esse lema significa que os comitês de admissão não devem levar mais nada além de notas em algum teste de inteligência específico, ele é arbitrário e, de qualquer modo, contestado pela prática consagrada de todas as escolas de medicina. Se significa, por outro lado, que uma escola de medicina deve escolher os candidatos que, segundo acredita, serão os médicos mais úteis, tudo depende do julgamento de quais fatores tornam úteis diferentes médicos.”

Assim, conforme relata, a escola em causa atribuiu uma nota que refletia além dos critérios de mérito (testes de aptidão e médias do colégio), “*uma avaliação subjetiva das chances do candidato atuar como médico eficiente, em vista das presentes necessidades de serviço médico da sociedade*”, ou seja, levou em conta as necessidades de equilíbrio racial verificadas no meio:

“Não nenhuma combinação de capacidades, méritos e traços que constituam o ‘mérito’ no sentido abstrato; se mãos ágeis contam como ‘mérito’ no caso de um possível cirurgião, é somente porque mãos ágeis irão capacitá-lo a atender melhor o público. Se uma pele negra, infelizmente, capacita outro médico a fazer melhor um outro trabalho médico, a pele negra, em prova do que digo, também é um mérito. Para alguns, esse argumento pode parecer perigoso, mas apenas porque confundem sua conclusão — que a pele negra pode ser uma característica socialmente útil em dadas circunstâncias — com a idéia muito diferente e desprezível de que uma raça pode ter inerentemente mais valor que outra.”

Em síntese, propõe-se nessa doutrina que se revoguem concepções tradicionais de mérito, substituindo-se por uma nova visão, adequada à complexidade social, inclusive diante da exigência de setores discriminados desta.

³⁹⁷ PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Trad. Dante M. Leite. São Paulo: Pioneira, 1974, pp. 116-117

³⁹⁸ DWORKIN, *Uma questão ... cit.*, p. 445 ss., comentando o famoso caso *Bakke vs. Regentes da Universidade da Califórnia*

Visto duma perspectiva geral, N. BOBBIO salienta que, como critério da justiça, a igualdade admite como válidas várias interpretações, a partir de disputas ideológicas do tipo: “*é mais justa a sociedade onde a cada um é dado segundo o mérito, ou aquela onde a cada um é dado segundo sua necessidade?*”³⁹⁹

“Nas situações concretas, os vários critérios são frequentemente temperados uns com outros: basta pensar na variedade de critérios com que são habitualmente selecionados os candidatos a concursos para obter um emprego público, onde se mesclam, se superpõem e se confundem o critério do mérito com o da necessidade, o critério da antiguidade com o do posto. A máxima ‘a cada um o que é seu’ não enuncia nenhum critério, mas abrange e tolera, em cada oportunidade concreta, todos eles.”⁴⁰⁰

O capítulo destinado, na Constituição, ao processo de provimento de cargos e empregos públicos, todavia, não vai além da enunciação do princípio do mérito, o que demandaria, na perspectiva de um programa de ações afirmativas que incluísse cotas para setores discriminados, sua reinterpretação à luz dos princípios de Justiça, Igualdade Jurídica e Material, todos, como se viu, elencados dentre os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, na medida em que este alberga um *Direito de Solidariedade*.

³⁹⁹ BOBBIO, *Igualdade...*, cit., p. 20

⁴⁰⁰ BOBBIO, *Igualdade...*, cit., p. 20

CAPÍTULO IV

OBJEÇÕES AO CRITÉRIO RACIAL

§ 49. O problema da racionalidade do critério racial

Quase toda nossa compreensão sobre a proteção concedida baseia-se em conceitos como os de “raça”, às vezes em “etnia”. Entretanto, mercê do progresso da biologia⁴⁰¹ e da antropologia, com reflexo nas ciências sociais⁴⁰², vemos surgir no horizonte do pensamento algumas teses ou hipóteses que problematizam a afirmação da existência de *raças* humanas, que de tão arraigados em nossa consciência chegam a passar despercebidos, sofrendo o Direito em geral e o Direito Internacional dos Direitos Humanos com essa referência feita de certo modo acrítico.

Acontece que o Direito Constitucional moderno admite a existência do princípio da razoabilidade, como “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”:

“É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”⁴⁰³

A Constituição reconhece no Poder Legislativo, em princípio, uma instância apta a proceder ao exame e valorização dos parâmetros eleitos para tratamentos iguais ou desiguais, respeitados os limites das normas explícitas.

⁴⁰¹ Por exemplo: OLSON, Steve. *A história da humanidade: desvendando 150.000 anos da nossa trajetória através dos genes*. Trad. Ronaldo S. de Biasi. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2003, p. 255 ss.; CAVALI-SFORZA, Luca. *Genes, raças e línguas*. Trad. Carlos Afonso Malferrari São Paulo, Cia das Letras, 2002, p. 17-53

⁴⁰² GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo, Ed. 34, 2002, p. 48-60

⁴⁰³ BARROSO, *Interpretação ... cit.*, p. 215

De tal sorte ao Poder Judiciário toca o exame da razoabilidade desses parâmetros ou do valor que se lhes empresta a norma em apreço, para poder exercer o seu controle. Quer dizer, a razoabilidade passa a ser “justiciável”⁴⁰⁴

Por razão razoável deve ser entendida a antípoda dos casos em que há razões suficientes para a permissão mas não da obrigação de um tratamento desigual: uma razão é suficiente para um tratamento desigual se, em virtude desta razão, o tratamento desigual não é arbitrário.

Como resume ALEXY, “*um tratamento desigual não é arbitrário não só quando é a solução melhor ou mais justa, mas também quando existem razões plausíveis para sua permissão*”⁴⁰⁵, com o que se percebe a carga valorativa de que se falou atrás, certo que o Tribunal, nos problemas de igualdade, efetua avaliações, como em face de todos direitos fundamentais.

As normas especiais de igualdade presentes na Constituição, por seu turno, não contemplam todas as proibições de trato desigual ou equiparações: outras podem (e serão) criadas no nível legal, quando será intensa a tarefa de examinar a sua razoabilidade. Enquanto o direito se orienta no sentido de rejeitar qualquer discriminação *negativa* pelo aspecto externo da pessoa (cor da pele, p. ex.), não parece haver muitos problemas, uma vez segregados os “racistas”, para que se promova a inclusão pelo aspecto racial.

Diferentemente, quando se trata se ações afirmativas, em que o critério *racial* é usado para a promoção social, há que se averiguar se a Constituição suporta semelhante eleição, ainda que para propósitos elevados.

Adotar um conceito “social” ou mesmo “cultural” de raça, como faz por exemplo A. S. GUIMARÃES, implica numa postura em que os grupos que se sentem discriminados por causa de sua aparência, agreguem-se mais facilmente por causa dela, e passem a lutar pelos seus direitos, para que no futuro esse critério seja socialmente irrelevante:

⁴⁰⁴ ALEXY, *Teoria... cit.*, p. 388 ss.

⁴⁰⁵ ALEXY, *Teoria... cit.*, p. 400

“Repito aqui a posição que tenho adotado: “raça” é não apenas uma categoria política necessária para organizar a resistência ao racismo no Brasil, mas é também categoria analítica indispensável: a única que revela que as discriminações e desigualdades que a noção brasileira de “cor” enseja são efetivamente raciais e não apenas de classe.”⁴⁰⁶

A persistência *pragmática* do conceito social de raça, segundo sua proposta, deve se ligar à auto-identificação, desligada de qualquer referencial biológico^{407 408}, ou antropológico. E, de fato, para o bem ou para o mal, mais e mais parece ser verdade que a “raça” deixa de ser uma característica “intrínseca” à pessoa, para se tornar uma categoria “opcional”. Percebe-se que a necessidade de tal “discriminação positiva” ocorrerá na proporção direta da própria integração racial — ou, mais exatamente, pela falta dela.

De fato, ainda que se possa discutir modernamente a validade dos conceitos biológicos de “raça”, ou etnia, até pela fragilidade das bases onde se ancoram, não será possível negar a importância da afirmação pelo aspecto cultural, de alguém se identificar como “negro” ou “pardo”, importância que será menor quando se afirme como “branco”, pela carga “hegemônica” — no sentido de pertencimento à “cultura dominante”, do colonizador.

“Minoria”, no caso racial, identificará, como propõe C. L. ROCHA, aquele grupo social com déficit de integração.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ GUIMARÃES, *Classes...* **cit.**, p. 50

⁴⁰⁷ OLSON, *História...* **cit.**, p. 270: “A etnia se torna independente da biologia e passa a ser uma classificação cultural, política ou histórica. As pessoas não são mais o que dizem ser por causa de alguma essência biológica misteriosa; elas escolhem o grupo a que desejam pertencer.” DAWKINS, *O gene...* **cit.**, p. 124-125, também coloca em bases duvidosas o termo: “Se os animais tivessem a tendência a se comportar altruisticamente em relação a indivíduos que se assemelhassem fisicamente a eles, poderiam, indiretamente, estar ajudando seus parentes. Muito dependeria dos detalhes da espécie em questão. Uma regra deste tipo, de qualquer forma, só levaria a decisões “corretas” num sentido estatístico. Se as condições mudassem, se uma espécie, por exemplo, começasse a viver em grupos muito maiores, ela poderia conduzir a decisões erradas. É possível imaginar o preconceito racial como uma generalização irracional de uma tendência de seleção de parentes a identificar-se com indivíduos fisicamente semelhantes e a ser desagradável a indivíduos de aparência diferente.”

⁴⁰⁸ CAVALLI-SFORZA, *Genes...* **cit.**, conclui, sobre o patrimônio genético da humanidade: “Portanto, para mim parece prudente abandonar qualquer tentativa de classificação racial segundo critérios tradicionais”, afirmando que de qualquer tentativa baseada em critérios científicos resulta em centenas, senão milhares de “raças” possíveis, vez que as diferenças entre indivíduos são mais relevantes do que as apuradas entre os chamados grupos raciais.

⁴⁰⁹ ROCHA, *Ação...* **cit.**, p. 285

De modo que considerando todas essas variáveis, e, mais ainda, considerando que o Brasil é um “caldeirão” das chamadas “raças”, parece ser possível balizar a discussão, no plano das políticas de inserção social de tais grupos desprestigiados historicamente, segundo a diretriz pela qual, sendo impossível identificar de um ponto de vista interno a que raça pertence quem pretende ser beneficiário de qualquer dessas políticas, pode ser tido como razoável pelo legislador o critério da auto-identificação.

Mesmo autores que defendem a utilização pragmática de conceitos como o de raça⁴¹⁰, admitem que é problemática essa opção. Se assim é, e admite-se que assim se deva entender a questão posta, isto é, se verificada a adequação entre os *motivos, meios e fins* de tais políticas, e se tais fins são “*admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional*”⁴¹¹, enfim, se essas políticas incorporam o valor constitucional da justiça então o Direito poderá conviver com tais construções.

§ 50. **Objecções às políticas de cotas**

Algumas vezes tem-se levantado, do ponto de vista do direito, contra a adoção de um sistema de cotas. Um dos argumentos, sintetizado por DWORKIN⁴¹² a partir do exame de um caso de cotas nos Estados Unidos, é o de que não se poderia imputar responsabilidade individualmente a ninguém pela culpa pela discriminação que, afinal, historicamente, se distribui por toda sociedade.

⁴¹⁰ GUIMARÃES, *Classes...* cit., p. 50, diz: “Primeiro, não há raças biológicas, ou seja, na espécie humana nada que possa ser classificado a partir de critérios científicos e corresponda ao que comumente chamamos de “raça” tem existência real; segundo, o que chamamos de ‘raça’ tem existência apenas nominal, efetiva e eficaz apenas no mundo social e, portanto, somente no mundo social pode ter realidade plena.”

⁴¹¹ BARROSO, *Interpretação...* cit., p. 217

⁴¹² DWORKIN, *O império ...* cit., p. 438 e ss, e 453 e ss.

Classificações raciais são sempre *suspeitas*, como nota esse autor⁴¹³, e, no caso, trata-se de interpretar a lei conforme o seu espírito, que é o de “*que ninguém em nossa sociedade deve sofrer porque é membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros.*”

Vem à baila também o problema do mérito, válido para concursos de acesso a empregos ou cargos públicos:

“Temos em mente diferentes aspectos desse princípio quando dizemos que os indivíduos devem ser avaliados segundo seu mérito, que devem ser avaliados como indivíduos e que não devem sofrer desvantagens por causa de sua raça. O espírito desse princípio fundamental é o espírito do objetivo a que a ação afirmativa pretende servir.”⁴¹⁴

Numa sociedade *meritocrática*, como se apresenta a liberal-capitalista, poderá ser alegado, ao menos num primeiro momento, que os pertencentes à minoria racial que lograrem ser por ela beneficiados ocuparão a posição não pelo seu próprio mérito, mas pela circunstância inteiramente acidental de pertencerem à etnia prestigiada na norma. Nos debates públicos existentes a respeito de políticas de cotas, tal argumento vem sendo freqüentemente lançado.

Além disso, tem sido suscitada a possibilidade de um programa de cotas raciais acabar por dar margem a uma outra forma de discriminação, assim frustrando os propósitos emancipatórios da lei proposta, e ferindo a Constituição, que proíbe a discriminação com efeitos negativos.

Colhe-se, quanto a isso, o argumento lançado pelo Juiz W. REHNQUIST, no julgamento do caso *Siderúrgicos contra Weber*, envolvendo uma empresa privada na qual se adotou um sistema de cotas mediante acordo com o sindicato dos empregados, para possibilitar a promoção de candidatos integrantes de minorias *étnicas*. Foi formalizada nesse julgamento, pelo voto minoritário da Suprema Corte no caso referido, objeção quanto à possibilidade de tal estratégia fomentar, em vez de resolver, a discriminação.

⁴¹³ DWORKIN, *O império ...*, cit., p. 468 ss. V. também MENEZES, *A ação...* cit. p. 62 ss

⁴¹⁴ DWORKIN, *Uma questão ...* cit., p. 451

O voto minoritário suscita algumas questões de interesse, frente a Lei Americana de Direitos Civis de 1964, que contém uma afirmação de igualdade semelhante ao que a nossa Constituição agasalha, no art. 7º.⁴¹⁵ REHNQUIST, como observou DWORKIN, viu na Lei de Direitos Civis de 1964, uma objeção essencial: “a lei incorpora uma concepção de igualdade que proíbe absolutamente quaisquer distinções baseadas na raça, de modo que a decisão da maioria ‘introduz no título VII uma tolerância pelo próprio mal que o Direito tinha a intenção de erradicar’”.⁴¹⁶

DWORKIN assim expressa essa preocupação, relatando um programa mais flexível, tal como o adotado pela Universidade de Harvard para admissão de candidatos *étnicos* em concursos vestibulares:

“... há importantes diferenças entre o tipo de programa de ação afirmativa por ‘quotas’ — que reserva vagas apenas para ‘minorias’ — e planos mais flexíveis que fazem da raça um fator, mas apenas um fator, na composição de todas as vagas (...). Reservar um programa especial para candidatos de minorias — oferecendo-lhes um caminho separado pelo qual eles, e apenas eles, possam entrar — preserva a estrutura, embora, é claro, não o propósito, de formas clássicas dos sistemas de casta e do apartheid, e parece denegrir os candidatos de minorias enquanto os ajuda. Os programas flexíveis enfatizam, por outro lado, que os candidatos de minorias bem sucedidos foram julgados mais valiosos, de modo geral, como estudantes que os candidatos brancos que competiram diretamente.”⁴¹⁷

Com isso, o debate separou-se entre duas concepções rivais na questão da interpretação de uma lei aprovada pelo Congresso. Se a intenção do constituinte era evitar a estigmatização das minorias raciais, questiona-se se a Declaração de Direitos da Constituição suporta um programa de cotas baseado na cor da pele.

A questão, como levantado pelo Juiz vencido, é a da conversão da discriminação *inversa* (positiva) em discriminação *direta* (negativa), na medida em que, por beneficiar as minorias, estas sofreriam com o estigma de terem sido beneficiadas por causa de sua cor.

⁴¹⁵ Confira-se a íntegra do voto em GOMES, *Ação afirmativa ... cit.*, pp. 296 e ss.

⁴¹⁶ DWORKIN, *Uma questão...cit.*, p. 475

⁴¹⁷ DWORKIN, *Uma questão... cit.*, p. 461

§ 51. Concurso público e deslocamento ou preterição

Um sistema de cotas raciais pode propiciar questões de tal ordem. Imagina-se a possibilidade de uma ofensa dessa ordem principalmente quando ocorrer de o candidato pertencente à raça “majoritária” ser preterido e invocar a jurisdição sob alegação de ofensa a direito individual seu, o direito à vaga, desde que cumprida a exigência do edital respectivo.⁴¹⁸

Com efeito, ao menos num primeiro momento, poderá ser dito que os pertencentes à “minoridade” racial que lograrem ser por ela beneficiados ocuparão a posição não pelo seu próprio mérito, mas pela circunstância inteiramente acidental de pertencerem à etnia prestigiada na norma.

Decerto poderia ser argumentado que está restrita a participação na cota àqueles candidatos ao cargo, emprego ou vaga que apresentarem a *qualificação mínima exigida*, para concorrer, nesse plano, em igualdade de condições. As propostas de adoção de cotas contém, em geral, semelhante cuidado.

Entretanto, a depender da densidade demográfica dos candidatos, essa condição não seria suficiente para afastar o problema manifestado. Se, de fato, ao concurso acorrerem menos candidatos pertencentes à etnia prestigiada no projeto do que a densidade demográfica estimada como representativa, seja ela qual for, decorre que, embora a “qualificação mínima exigida” seja a mesma para todos, os que se inscreverem pela cota poderão ter vantagem objetiva, a depender das circunstâncias.

Explico melhor: a relação candidato/vaga, em nosso sistema de concursos é a que determina a chamada “nota de corte”: quanto maior o número de candidatos, possivelmente maior será esta e, inversamente, um baixo número indicará menor, respeitando-se sempre, todavia, a nota mínima, que é o padrão de aferição do mérito.

⁴¹⁸ Foi noticiado recentemente que diversos candidatos alegadamente preteridos questionaram judicialmente o programa de cotas para *minoridade racial*, existente no Estado do Rio de Janeiro, previsto pela Lei Estadual 3.708/2001, obtendo seguidas liminares para lhes garantir o ingresso (Ex.: Mandado de Segurança 2003.001.017213-5, TJRJ, dec. 19.2.2003). A própria Lei foi questionada pela via direta, no Tribunal de Justiça (Representação 2003.007.00020) e no STF (ADI-MC 2858-8), sob alegação de ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

Se a chamada “nota de corte” — escore que funciona como divisor entre os aprovados e os reprovados, calculado segundo o número de vagas ofertadas e o de candidatos que se apresentaram — for superior à mínima exigida (o que ocorre quando há mais candidatos que vagas), poderá haver uma nota *diferente*, a depender da quantidade de inscritos “pela cota”, com vantagem inversamente proporcional ao percentual de inscritos: quanto menor o número de candidatos à cota, menor será obviamente a “nota de corte” específica, na direção da nota mínima, o que geraria então duas classes de aprovados, aqueles com a nota “normal”, e os “beneficiados”.

A conseqüência possível de tal situação seria a criação de “castas” de servidores nas repartições públicas, ao menos num primeiro momento, até que a densidade de candidatos inscritos “pela cota” fosse pelo menos igual à mínima oferecida, quando então a “nota de corte” será a mesma.

A eventual sub-representação da etnia favorecida pelo sistema representaria, de imediato, nos concursos para provimento de cargos e empregos que o adotassem um déficit em relação ao princípio da igualdade e a possibilidade de um novo tipo de discriminação — discriminação pelo mérito —, com a qual a Constituição não consente, pois vocacionada a servir de instrumento para a construção de uma sociedade livre de preconceitos.

Põe-se em causa primeiro a idéia de uma sociedade, e portanto também um critério de acesso ao serviço público, baseados exclusivamente no merecimento absoluto, como preconiza a Constituição e enfatiza a Reforma de 1998, e em segundo lugar, se dentro de um conceito de igualdade liberal, que reconhece as diferenças entre as pessoas e portanto em princípio prestigia esse mesmo merecimento, não caberia a adoção de uma concepção diferente do mérito.

§ 52. Proibição de distinções raciais no acesso a cargos públicos

A Constituição da República de 1988, ao prever a instituição do Regime Jurídico Único, através do art. 39 **caput**, determinou a aplicação a esses servidores — isto é, aos que foram apanhados pela norma —, de vários dispositivos do art. 7º, que enumera os direitos sociais.

Dentre estes, encontra-se o inciso XXX, assim vazado:

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

(...)

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”

A reforma constitucional de 1998 alterou o art. 39 para abolir a exigibilidade de um regime único, mas, no § 3º, manteve a disposição acima, com alguma alteração:

§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, ... XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Ou seja, somente quando a natureza do cargo for compatível com alguma diferenciação é que o disposto teria aplicação. A disposição constante da parte final do parágrafo consolida uma jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal que admite justificativas *socialmente aceitáveis* para alguma distinção.

De acordo com PEREIRA JR., sobre o sentido do art. 7º, XXX, relativamente a servidores públicos:

“O *discrímen* será inconciliável com a isonomia quando submeter os candidatos a critério diferenciador irrelevante para o fim de interesse público, que, cuidando-se de concursos, será o adequado desempenho das funções inerentes ao cargo ou emprego que se quer prover. O *discrímen* compor-se-á com a isonomia quando estabelecer critério imprescindível ao exercício adequado dessas funções”⁴¹⁹

Daí a necessidade de, para cargos e empregos públicos, se estabelecer um discurso de compatibilização com a proposta de critério *racial*, pena de inconstitucionalidade.

⁴¹⁹ PEREIRA JR., *Da reforma ...*, cit., p. 214

Vem à baila a observação dworkiana⁴²⁰, sobre o relativismo da compreensão do sentido do mérito, visto que a ele pode-se atribuir conteúdos variáveis, de sorte que a escolha que a comunidade faça sobre o melhor sentido dessa exigência poderá ser admitida.

Se se entender que a cor da pele compatibiliza melhor um candidato ao emprego ou cargo público para o exercício adequado das funções — estabelecido a partir da compreensão sobre a necessidade de se obter maior equilíbrio racial na prestação dos serviços públicos, porque assim se supõe que a comunidade assim será melhor representada e, portanto, atendida —, então pode-se dizer que a discriminação será constitucionalmente aceitável.

Se essa vedação coloca ou pode pôr sob suspeição o *critério racial*, não parece ser o bastante para afastar políticas de ação afirmativa no instante do ingresso no serviço público.

Uma conclusão neste sentido pode se apoiar no fato de o dispositivo ter inspiração mais ou menos clara na Lei de Direitos Civis norte-americana, de 1964, atrás transcrita, afastando-se a objeção de que estaria acolhendo o mal — a discriminação *inversa* —, que esse diploma pretendia combater, pelo entendimento de que uma discriminação *positiva*, corretora de antigos vícios, e respeitante da temporariedade e da racionalidade das políticas nela sustentadas já contaria a esta altura com a simpatia da opinião majoritária.

Para PEREIRA JR., “a discriminação não é sinônimo necessário de violação da isonomia, dado que esta não porta caráter absoluto em face do interesse público, variável segundo as circunstâncias de cada caso”⁴²¹.

A questão reside pois mais na definição do interesse público que na discussão sobre se é ou não justa, se é ou não ofensiva à igualdade: podendo o interesse público definir-se no sentido do *resgate* da dívida social formada a partir do defeituoso processo da integração *racial* no país, forçando-o através de ações positivas.

⁴²⁰ cf. *supra*, § 46.

⁴²¹ PEREIRA JR., *Da reforma...*, **cit.**, p. 214

CAPÍTULO V

SÍNTESE POSSÍVEL

§ 53. A proposta do mérito democrático

O segundo princípio da igualdade democrática, formulado por J. RAWLS em sua *Teoria da Justiça* trata da combinação da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença⁴²², e apenas numa sociedade em que as diferenças como que operem em favor de uma distribuição mais equânime dos recursos e do bem-estar se teria por satisfeito o princípio da Justiça.

Na segunda parte da enunciação do princípio da diferença — o de que as desigualdades econômicas e sociais só se justificam num sistema de carreiras abertas a todos — está o “princípio liberal da igualdade equitativa de oportunidades”, desde logo valendo a advertência do autor de que não opera para conduzir a uma “*sociedade meritocrática*”. E isto é assim por que de acordo com o princípio da diferença, “*desigualdades imerecidas exigem reparação; e como as desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, elas devem ser compensadas*”. Dessa maneira, “*o princípio determina que a fim de tratar as pessoas igualitariamente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis*”, dentro da idéia de “*reparar o desvio das contingências na direção da igualdade.*”⁴²³

⁴²² RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 79

⁴²³ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 89

Fundamentalmente este é o princípio de Justiça que, se aplicado, superaria a objeção do mérito, se este funciona, como parece *prima facie*, como um óbice à concepção constitucional da igualdade. E atua para compatibilizar os deveres de busca de Justiça e Igualdade Material com o da Igualdade Formal, resolvendo o seu paradoxo.

Se uma sociedade se erige em função desses ideais, deve então atuar para que as más conseqüências do desigual talento sejam atenuadas, se elas tem causação decorrente de circunstâncias não imputáveis ao próprio beneficiado. E, por outro lado, se fundados numa tal compreensão dos deveres constitucionais, quaisquer projetos tendentes a corrigir tais desigualdades tenderiam em princípio a ser aceitos, inclusive porque se estabelece o dever de construir uma sociedade fraterna, desde que sujeitos a uma criteriosa ponderação dos interesses envolvidos.

Considera-se então, como conteúdo possível para o conceito de mérito, o fato de que nossa capacidade inata não é *merecida*, mas *acidental*, e, assim, não há mérito no maior talento natural: “*não merecemos nosso lugar na distribuição dos dotes inatos, assim como não merecemos nosso lugar inicial de partida na sociedade. (...) A noção de mérito não se aplica aqui.*”⁴²⁴ Considerando que sua teoria é contratualista, tal postulado é coerente com a noção da “posição original”. Entretanto, daí não se segue que seja possível propor políticas que reduzem os talentos, por que isso “*não traz vantagens para os menos favorecidos*”.⁴²⁵

O fato de termos direito a esses dotes naturais — e aos benefícios deles decorrentes — não significa que os merecemos, eis que esse direito advém da liberdade reconhecida pelo sistema: “*a distribuição natural não é justa nem injusta*”⁴²⁶. O mérito, numa sociedade que, sob a Constituição, reconhece o dever de solidariedade (=cooperação) deverá ser canalizado, pois, no sentido de maximizar o bem-estar da sociedade como um todo.

⁴²⁴ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 111

⁴²⁵ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 115

⁴²⁶ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 109

Esse autor, adota, por exemplo, como tese a de que a educação deve se voltar para os menos dotados, não só no sentido material, mas em todos os sentidos, porquanto uma estratégia desse tipo melhora as expectativas gerais do grupo e, portanto, também dos mais dotados⁴²⁷, este o sentido de reciprocidade que o seu conceito de justiça oferece.

Favorece também, essa compreensão, ao dever de fraternidade, que nestas condições assume um caráter de “*padrão perfeitamente factível*”, no contexto da igualdade democrática, no qual se insere o princípio da diferença, superando a tradicional objeção de que não seria realista esperar das pessoas semelhante conduta em relação aos menos favorecidos na escala social.⁴²⁸

O mérito, agora adjetivado de *democrático*, é assim complementar e essencial à *igualdade democrática*, postulada como essencial à Justiça, e, se compreendido sistematicamente, deixa de operar como objeção fundamental a uma política de cotas.

Encarada com essa nota, a exigência constitucional da demonstração de capacidade como indispensável para o acesso ao serviço público em geral poderá ser ponderada com os interesses que a mesma Constituição busca resgatar, através de políticas inclusivas que corrijam determinadas desigualdades que, a critério do legislador, não sejam consideradas como merecidas.

§ 54. Ponderação e mérito no acesso aos cargos

É importante, enfim, destacar que a Constituição, ao impor o dever de compensar as desigualdades, está também falando de distribuição de recursos, de justiça social, tudo a implicar decisão política, no sentido das concepções globais de Estado, particularmente o Estado de direito democrático e social.⁴²⁹

⁴²⁷ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 107-108

⁴²⁸ RAWLS, *Uma teoria...* cit., p. 113

⁴²⁹ cf. CANOTILHO, *Constituição dirigente...* cit., p. 385

Ora, se os princípios contêm em si um comando de otimização de possibilidades decorrentes regras jurídicas, a proporcionalidade, como vem sendo reconhecida e aplicada pelos tribunais, importa numa “superotimização” desses direitos fundamentais.

ALEXY define a máxima da proporcionalidade em sentido estrito pelo seguinte silogismo: “se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto”. Desse modo, “para chegar a uma decisão, é necessária uma ponderação no sentido da lei de colisão”. Assim:

“Como a aplicação de princípios válidos, quando são aplicáveis, está ordenada e como para a aplicação no caso de colisão se requer uma ponderação, o caráter de princípio das normas jusfundamentais implica que, quando entram em colisão com princípios opostos, está ordenada uma ponderação.”⁴³⁰

Dito por outro modo, “*quanto mais intensiva é uma intervenção em direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam*”, postulado que conduz a um princípio de fundamentação ou de razoabilidade das decisões jusfundamentais, conforme se expôs. Esse princípio é expresso na Constituição portuguesa em seu artigo 18, e tem sido citado pela doutrina pátria como fonte subsidiária do direito brasileiro.

A ponderação ocorre em três fases: na primeira, deve ser determinada a intensidade da intervenção; na segunda, cuida-se da importância das razões que justificam a intervenção; na terceira ocorre a ponderação em sentido próprio ou estrito.⁴³¹

⁴³⁰ ALEXY, *Teoría...* cit., p. 112

⁴³¹ cf. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Trad. Luís Afonso Heck. In *Revista de Direito Administrativo* vol. 217, jun/set 1999, p. 77 e ss.

O caráter de princípio que se confere à proporcionalidade não é pacífico, pois depende da assimilação como *regras*, das três máximas parciais envolvidas pela máxima geral da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por necessidade, se entende o postulado do meio mais benigno, ou menos prejudicial; a adequação implica na adoção da regra correta para o caso (ou idoneidade do meio utilizado para alcançar o resultado com ela pretendido) e o a ponderação define o sentido estrito da máxima, como acima referido.

A proporcionalidade, entretanto, não consta literalmente em nosso sistema, atuando como preceito decorrente do reconhecimento do caráter de princípios a alguns dentre os direitos fundamentais, tais como igualdade, liberdade, devido processo legal etc.

Como observa L. A. HECK⁴³², os direitos fundamentais compreendem os direitos humanos em sua expressão histórica, vinculada à força impulsora da Revolução Francesa, a qual se seguiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, direitos concretizados no capítulo dos direitos fundamentais das constituições, aos quais se atribui força vinculante, bem expressa no art. 5º, § 1º, da nossa Carta.

Citando ALEXY e SIECKMANN, alguns modelos podem ser identificados para o problema da colisão dos direitos fundamentais: a) puro de regras; b) puro de princípios; c) de regras/princípios.

⁴³² HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão dos direitos fundamentais. In RT ano 89, vol. 781, nov. 2000, p. 71/78, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000

Segundo o modelo das regras, apoiado por autores de linha positivista, como KELSEN e HART, todas as normas jurídicas têm somente a característica de regras, com o que valem ou não, de modo que *“a um sistema jurídico pertencem exclusivamente normas válidas, independentemente de ponderação”*. Portanto, em caso algum *“a validade de uma norma pode ser fundamentada em uma ponderação de princípios”*, pois, segundo R. ALEXY, *“na medida em que em um sistema jurídico devem ser tomadas decisões de ponderação, trata-se, então, de decisões político–morais, não de decisões sobre a base de normas jurídicas válidas.”*⁴³³

O modelo puro de princípios compreende as normas fundamentais com tal característica, de sorte que *“as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.”* Proposto por HIPPEL, para o qual as normas de direito fundamental são *“(meras) normas de princípios”* elas *“indicam que a determinados interesses de liberdade (...), dito brevemente, à idéia da autodeterminação individual, há que outorgar-lhe uma importância especial na ordenação das relações vitais e na solução dos casos de conflito”*⁴³⁴

Se dois princípios colidem — por exemplo quando um proíbe e outro permite — um deve retroceder, explica HECK; o que varia é qual deles, o que depende das circunstâncias, atribuindo-se, caso a caso, determinado peso a cada um deles, aplicando-se o de maior peso. Não será um jogo de “tudo ou nada”, mas de cedência parcial de princípios.

⁴³³ HECK, O modelo ..., **cit.**, p. 75

⁴³⁴ cf. ALEXI, *Teoría...*, **cit.** p. 116, em tradução livre: *“las normas de derecho fundamental son '(meras) normas de principios' que 'indicam que a determinados intereses de libertad (libertad de religión, de opinión, de profesión, de propiedad, etc.), dicho brevemente, a la idea de autodeterminación individual, hay que otorgarle una importancia especial en la ordenación de las relaciones vitales y en la solución de los casos en conflicto”*

Por fim, o modelo proposto por ALEXY, da combinação entre regras e princípios na definição dos direitos fundamentais, vê em todas as normas que os instituem um nível de princípio e um nível de regras. No nível de princípio, quando se produzem “*colisões, ... tensões, conflitos e antinomias*”, é “*inevitável sopesar princípios contrapostos, havendo de se estabelecer relações de preferência.*”⁴³⁵.

No nível das regras, estas podem ser afastadas por um critério de cedência. Vendo nas normas definidoras de direitos fundamentais um carácter duplo, HECK sugere que o modelo dos princípios não exclui regras, ou seja, princípios estruturados como regras, sendo fundamental que por trás destas se vislumbrem sempre os princípios, daí a necessidade da adoção de um modelo regra/princípio para a solução dos conflitos ocorrentes.

ALEXY distingue colisões de direito fundamentais em sentido estrito, diferenciados segundo se trate de colisões entre direitos idênticos. Colisão em sentido amplo ocorre entre direitos fundamentais envolvendo bens coletivos, como, por exemplo, a saúde pública, levada em conta quando se decidiu pela colocação de advertências nos maços de cigarros, apesar da aparente intervenção na liberdade do exercício profissional dos produtores de tabaco, que é também um direito fundamental.

Suscita-se assim a invocação da *máxima de proporcionalidade*, como meio de mediação do conflito entre direitos fundamentais, para se obter, caso a caso, o menor sacrifício possível com a máxima satisfação dos interesses em causa.

⁴³⁵ ALEXY, *Teoría...*, cit., p. 133, em tradução livre: “*Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia.*”

Em concreto, pensa-se na hipótese de, em face da adoção de um sistema de cotas raciais, interesses fundados em direitos fundamentais ou decorrentes de princípios (exemplo: princípios da igualdade material e do mérito), entrarem em conflito, como já se antevê com algumas situações verificadas recentemente no Estado do Rio de Janeiro, face um sistema de *cotas* para o acesso à Universidade Estadual daquela unidade federada⁴³⁶.

O chamado “paradoxo da igualdade”, como se antecipou, consiste numa “colisão fundamental” expressa na contradição residente na garantia da igualdade de direitos, quando os fatos indicam que as pessoas não são tratadas de forma igual — o que impede a igualdade de direito na prática —, portanto para se obter a igualdade de direito é necessário antes obter a igualdade **de facto**, o que pode implicar em sacrifício da igualdade de direito.

Diante de tal colisão — que pode ser evitada quando “*é possível renunciar totalmente ou bem ao princípio da igualdade de iure ou bem ao princípio da igualdade de fato*”⁴³⁷ —, e da vigência e aplicabilidade de um princípio de ponderação, haverá que se adotar criterioso balanço dos interesses envolvidos, evitando prejuízos aos direitos ou expectativas razoáveis.

Se “*é inevitável sopesar princípios contrapostos, havendo de se estabelecer relações de preferência*”⁴³⁸, essa ponderação não se faz **in abstracto**: será no caso concreto operado o balanço, segundo determinados critérios, com vistas à otimização dos direitos fundamentais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

⁴³⁶ Lei Estadual 3.708/01

⁴³⁷ ALEXY, Teoría..., **cit.**, p. 405: “*La paradoja de la igualdad puede ser fácilmente evitada cuando es posible renunciar totalmente o bien al principio de la igualdad de jure o bien al principio de la igualdad de hecho*”

⁴³⁸ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Trad. Luiz Afonso Heck. **In** *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, jun/set 1999, p. 77

A Constituição de 1988 proclama como objetivo da República Federativa do Brasil o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça e cor, “*e quaisquer outras formas de discriminação*”, ao mesmo tempo em que proclama o dever de “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (incisos III e IV do art. 3º), no sentido da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, reconhecendo os direitos individuais e coletivos fundamentais. De fato, o artigo 5º proclama ao mesmo tempo os direitos fundamentais da igualdade (“caput”), e nele insiste, nos incisos referentes à igualdade entre sexos (I), na condenação do racismo (XLII); mais, diz que são proibidas distinções de salário, critério de admissão e função com base na cor (art. 7º, XXX).

A aparente contradição da defesa das *cotas raciais* (pois estas, embora de caráter “positivo” continuam sendo “discriminação”, ainda que sejam necessárias no sentido dos deveres constitucionais), exigirá do legislador e do intérprete um esforço no sentido da correta fundamentação das decisões tomadas: “*a máxima geral de igualdade estabelece assim a carga da argumentação para os tratamentos desiguais*”⁴³⁹, otimizando a igualdade.

⁴³⁹ ALEXY. *Teoría... cit.*, p. 396: “*Como se ha observado reiteradamente, la máxima general de igualdad establece así la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales.*” Em nota, arremata o constitucionalista, sobre o relativismo da razoabilidade: “*El concepto de razón suficiente es referido así al éxito de una fundamentación, éxito que depende del hecho de si todas las razones que hay que tomar en cuenta tienen que ser consideradas como insuficientes o no. Esto significa que hay que decidir acerca de la existencia de una razón suficiente en un discurso jurídico racional. Los discursos jurídicos, aun cuando sean racionales, no conducen siempre a un mismo resultado y aun cuando en un determinado momento conduzcan a un mismo resultado, éste puede ser diferente en otro momento*”

CONCLUSÕES

O Direito está por reconhecer a importância dos efeitos da desigualdade social resultante da discriminação *racial* em nosso país, a partir da constatação de iniquidades como a chamada *invisibilidade* de grupos como os dos *afro-descendentes* nos postos mais relevantes da sociedade, resultando na chamada *discriminação de resultados*, efeito do *impacto desproporcional* sobre esses segmentos sociais de normas e princípios que, embora aparentemente neutros, perpetuam a discriminação.

A desigualdade racial no Brasil é sobretudo grave quando se considera a contribuição que, ao longo de mais de três séculos de prática de escravidão, foi dada para a construção do país pelo grupo social que, hoje, aspiraria a um reconhecimento, pela via da eliminação progressiva da sensação de exclusão social por causa da cor da pele.

Algumas políticas de inclusão social foram adotadas ou propostas, destacando-se, porque objeto do presente trabalho, as que se operam através da adoção de *ações afirmativas*, destacando-se dentre estas a que propõe estabelecer *cotas* para o acesso a cargos, empregos e funções públicas, ou *metas* de preenchimento desses lugares, como meio de combater a referida *invisibilidade* e assim propiciar a ascensão social dos grupos visados.

Todavia, deve ser evitada a aspiração de que uma política de inclusão de grupos *raciais* historicamente discriminados deva operar no sentido do aumento da percepção do elemento *cor* nas relações sociais: ao contrário, deve militar no sentido da *redução* desse sentimento, isto é, para que esse elemento, por ser entendido como acidental, vá progressivamente sendo eliminado como relevante socialmente.

Esta vocação das ações afirmativas *raciais* é coerente com a moderna concepção do conceito de *raça* no contexto das ciências sociais, que reconhece, a partir da biologia e da antropologia, serem movediços os pressupostos sobre os quais se simplificava a questão da *classificação* dos seres humanos segundo critérios raciais. Se há lugar para ações afirmativas *raciais*, deverá levar em conta a dificuldade da adoção de qualquer classificação racial.

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial autoriza a promoção de políticas afirmativas, desde que não conducentes à perpetuação da diferença entre grupos sociais, e que não promovam a desigualação de direitos. A Constituição de 1988, por força do seu art. 5º, § 2º, alberga portanto a possibilidade de ações afirmativas no âmbito do Direito Brasileiro, sem embargo da discussão sobre a natureza das normas da Convenção — *supraconstitucionais* ou *infraconstitucionais*.

Além desse dispositivo, entende a doutrina operar o artigo 3º, incisos I, III e IV, da Constituição, ao estabelecer os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos, de reduzir as desigualdades sociais, no sentido da realização dos fundamentos da República, especialmente o da dignidade da pessoa humana, como motor de políticas afirmativas ou inclusivas.

A fundamentação constitucional dessas políticas positivas nos deveres de construção de uma sociedade que, além de livre, seja justa e solidária, mediante a eliminação das desigualdades iníquas, entretanto reclama primeiro a consideração do *caráter normativo* das políticas públicas previstas e de uma ponderação com os princípios e direitos fundamentais, principalmente o da igualdade perante a lei, e o do mérito, dele decorrente, o qual é expresso no caso do acesso ao serviço público.

Nessa linha, forçoso concluir, com a doutrina, que todas essas regras, entendidas ou não como *programáticas*, ou como componentes da Constituição *dirigente*, dispõem de operatividade, inclusive num sentido de funcionarem como verdadeiros comandos dirigidos ao legislador de baixar normas no sentido da redução das desigualdades injustas que a Carta de 1988 reconhece presentes na sociedade, ao proclamar o dever de extirpá-las. A omissão legislativa nesse campo revelaria uma “agressão negativa” aos direitos fundamentais, passível de correção pela via própria.

Assim, suscita primeiro a questão da Justiça, enquanto fundamento para uma política de cotas, a definição de seu possível conteúdo jurídico, e, por isso, nenhuma das concepções tradicionais poderá servir, seja porque são tautológicas, seja porque remissivas ao próprio direito, mesmo quando este não se ancore em critérios de racionalidade.

As concepções *ideológicas*, seja num sentido socialista, seja num sentido liberal, da Justiça prestam entretanto sua carga de contribuição para a formação do pensamento político que, afinal, orientou a formatação da maioria das Constituições dos países do Ocidente, para a fixação de uma noção de Justiça que respeite as autonomias individuais e ao mesmo tempo, apelando para o sentido de solidariedade, procure resgatar dívidas sociais históricas.

Entretanto, estas construções do conceito de Justiça sofrem a crítica por crerem talvez demasiadamente no sentido de solidariedade dos seres humanos, de sensibilidade para com o sofrimento do *outro*, de uma bondade insita à natureza humana enfim, o que é particularmente visível na sociedade liberal-capitalista, onde esses valores sofrem com a competição, atizando o egoísmo que os seres humanos parecem ter inscrito em sua natureza biológica ou psicológica.

Firma-se assim, contemporaneamente, uma idéia de Justiça *racional*, é dizer, uma noção de Justiça ancorada na observância do Direito editado sobre valores como os da democracia, da razoabilidade, da proporcionalidade. Supera-se assim, pela força normativa do fenômeno jurídico, o conflito de interpretações que se eterniza na discussão sobre a Justiça, e se permite dar conteúdo ao dever de construção da *sociedade justa*.

Tal idéia tem a vantagem de permitir a *justiciabilidade*, isto é, o controle pelo Poder Judiciário, via exame de constitucionalidade, da própria política afirmativa que vier a ser adotada, pois os valores referidos da razoabilidade e da proporcionalidade já têm sólida construção dogmática e jurisprudencial.

De tal modo, políticas que, a pretexto de cumprir com os deveres constitucionais, apresentem-se imoderadas ou com déficit de racionalidade, podem ser objetivamente censuradas.

Essa concepção de Justiça, de outra parte, baseia-se em certas premissas, como as da necessária redução (ainda que progressiva) das desigualdades injustificáveis, mediante políticas públicas ancoradas numa visão mais larga do princípio da Igualdade e também do Mérito, os quais deixariam de operar como objeção às ações afirmativas, no plano constitucional, e no sentido de responsabilidade coletiva pelas mazelas de que padece a sociedade.

O princípio da Igualdade é acolhido pela Constituição sob duplo enfoque — da Igualdade formal (*perante a lei e na lei*) e da Igualdade material, esta se operando *através* da lei, mediante políticas públicas decorrentes do citado dever de redução das desigualdades não razoáveis.

Por outro lado, reconhece a doutrina mais autorizada que o princípio da Igualdade formal ou perante a lei, numa sociedade de desiguais, conquanto deva ser sempre respeitado, contém em si um *paradoxo* que deverá ser superado sob pena de permanecer carente de cumprimento.

Esse paradoxo alcança o problema da desigualdade *racial*, no sentido de impor a conclusão de que somente poderá ser alcançada a Igualdade formal mediante o seu próprio sacrifício, parcial e temporário, até que sejam atingidas as *condições* materiais que permitam o acesso a ela, principalmente onde as desigualdades preexistentes são reputadas como não merecidas ou injustificáveis.

Não há igualdade formal possível senão se asseguram as condições prévias para o acesso aos benefícios que dela decorrem, o que passa pela superação das desigualdades fáticas não razoáveis. A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial reconhece esse paradoxo, ao legitimar políticas autorizadas de ações afirmativas raciais, nas condições citadas.

A frustração do princípio isonômico é evidenciada pela constatação da referida *invisibilidade* de certos grupos sociais, destacadamente a daqueles que, por uma condição histórica ligada inclusive à origem, foram discriminados, perpetuando um *círculo vicioso*, que se pretende, via ações afirmativas, converter-se em *círculo virtuoso*.

A solução dessa contradição é pois estimulada pela Constituição, mediante a consagração dos citados deveres de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da redução das desigualdades sociais, da erradicação da pobreza e da marginalização, e da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminação, o que inclui a de natureza ou origem *racial*.

Para tanto, será útil ainda recorrer-se a uma nova concepção de igualdade, a igualdade democrática, que vem se firmando na doutrina, inclusive para se enfrentar a objeção do mérito, particularmente importante na questão do acesso ao serviço público, vez que eleito como padrão de escolha para a maioria das situações de ingresso.

Com efeito, a Constituição brasileira de 1988 consagra o mérito como via de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, mercê do processo histórico e das escolhas ideológicas presentes em sua formação. Trata-se de superar uma tendência registrada ao longo dos séculos de relativização do sistema meritocrático, no mais das vezes só formalmente enunciado, mas na prática frustrado por políticas identificadas com certa tendência *patrimonialista* das elites dominantes em relação ao Estado. A Reforma Administrativa de 1998, inclusive por elevar a *eficiência* a princípio da Administração Pública, amplia essa opção.

A despeito dessa especial consideração ao mérito pela Carta, não é isenta de críticas tal eleição, visto que não toma em consideração as desigualdades sociais preexistentes, reconhecidamente injustas ou não razoáveis, e que acabam provocando distorções no próprio conceito de Mérito, ante o princípio da Igualdade material acolhido pelo Texto. Tem-se que virtudes ou vantagens inatas são imerecidas, o que a legislação ainda não reconheceu por completo.

Nessa medida, uma possível linha de ponderação dos princípios do Mérito e da Igualdade material poderá tomar em consideração a idéia do *mérito democrático*, que rejeita as capacidades e talentos inatos como não merecidos, encarando a função do mérito numa perspectiva socialmente justa e racional.

Em face dessas considerações, pode se afirmar, confortável na doutrina constitucional brasileira, que o princípio de ação afirmativa é admitido pela Carta Magna de 1988 que, inovando na ordem jurídica nacional, estabelece para a República como seu dever o da redução das desigualdades, no sentido da construção da sociedade justa, o que é concretização do princípio da igualdade material, respeitado o princípio da igualdade formal.

Nessa medida, embora não previsto de forma expressa, uma política de inclusão específica, baseada no acesso ao serviço público, mediante critério racial, poderá ser acolhida, desde que se admita a validade do conceito de raça, pelo reconhecimento da discriminação pela cor da pele, e de forma compatível com os valores constitucionalmente consagrados.

A questão da igualdade racial suscita com efeito um novo paradoxo, pois, para que se possa adotar uma política de inclusão *racial* no sentido da eliminação ou redução da própria percepção da cor da pele ou origem como relevante para qualquer discriminação — que se apresenta como o objetivo mais razoável para tal política —, será necessário admitir a validade do próprio critério racial, mesmo que pelo sistema atualmente proposto da “auto-declaração”, para que, adiante, essa qualidade se torne irrelevante.

Pensa-se possível a superação das objeções apresentadas às políticas que adotem critérios *raciais*, ainda que num sentido positivo–inclusivo, inclusive as pertinentes a uma possível preterição ou deslocamento, e a inscrita no art. 7º, XXX, elevado pelo art. 39, § 3º, da Carta Magna, a direito dos servidores, pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Quanto a este dispositivo, aliás, admite-se que possa validamente estabelecer distinções no sentido do interesse público, racionalmente estabelecido. Imagina-se, neste caso, que uma política objetiva de inclusão de pessoas que, normalmente, não acessam aos cargos, empregos e funções públicas, por causa da discriminação social e econômica ligada à sua *raça* ou cor, contribuiria para minimizar na coletividade a percepção de aparente *apartheid*, e ampliaria o acesso dos grupos socialmente discriminados pelo mesmo motivo, aos serviços públicos prestados através desses mesmos servidores.

Romper-se-ia desta forma o *círculo vicioso* perpetuado socialmente, pois os cidadãos pertencentes aos extratos sociais discriminados teriam teoricamente aumentado seu bem-estar, já que os serviços públicos se prestam a tanto, o que propiciaria a progressiva redução das desigualdades, até o momento em que tais políticas se tornem dispensáveis.

Daí se impor outra conclusão: sob pena de *excesso legislativo*, censurável por ofensa ao princípio da proporcionalidade, nenhuma ação afirmativa de inclusão de grupos socialmente desprestigiados, tais como os discriminados pela cor da pele, poderá se estender no tempo mais do que o necessário para que os seus objetivos sejam (razoavelmente) alcançados, o que exigirá o estabelecimento de um termo *ad quem* para a vigência dessas políticas. Disso parece ter-se ocupado o legislador, até o presente momento.

Uma crítica por ofensa à razoabilidade ou proporcionalidade pode ser dirigida a programas de *quotas raciais* que as estabeleçam em percentual além de um parâmetro razoável — que em absoluto deve corresponder do que representada a fração social prestigiada, porque não se trata de representação —, já que aí poderá estar sendo vulnerado o princípio da própria igualdade formal e o mérito, que a Constituição preserva como consectário daquele. Uma regra de moderação se impõe aí, apesar do entusiasmo com que se lançam legisladores bem intencionados, para não impor um sacrifício desnecessário ao princípio da Igualdade, que se quer prestigiar.

A proporcionalidade, aliás, expressa bem o conceito de Justiça racional que a Constituição parece agasalhar, baseada na observância de um Direito razoavelmente fundado, na proibição do excesso e da omissão legislativa, igualmente censuráveis.

Afastando-se o Direito de concepções vazias ou tautológicas, e de conceitos meramente intuitivos, como via de redução progressiva das desigualdades sociais não racionalmente fundadas, aí incluídas as que derivam da discriminação pela raça, cor da pele ou origem étnica, estará contribuindo para a consecução dos objetivos da República e dos deveres do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista de Direito Administrativo, 217, jun/set 1999

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. SP: Abril Cultural, 1984

BARBOSA, Livia. **Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas**. 2ª ed. RJ: Editora FGV, 1999

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n.1, 2001, p. 17/59

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4ª ed. RJ: Renovar, 2000

_____. **Interpretação e aplicação da constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª ed. SP: Saraiva, 1999

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**, vol. I. SP: Saraiva, 1988

_____; _____. _____, vol. 7. SP: Saraiva, 1988

BESTER, Gisela Maria. Globalização e previsão de ações afirmativas para a proteção do trabalho das mulheres nas constituições dos países integrantes do Mercosul. In: **Revista Síntese Trabalhista**, nº 114 – dez/1998, pág. 146

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3ª edição. RJ: Ediouro, 1997

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. RJ: Ed. Campus, 1992

_____. **Dalla struttura alla funzione - nuovi studi di teoria del diritto**. 2ª edição. Milano: Edizioni di Comunità, 1984

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984

_____. **Teoria dell'ordinamento giuridico**. Torino: G. Giappichelli - editore, s.d.

_____; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (org.). **Dicionário de Política**. Trad. João Ferreira e outros. Brasília: Ed. Universidade de Brasília 1986

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. RJ: Forense, 1980

CAMMAROSANO, Márcio. Servidores públicos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). **Direito administrativo na constituição de 1988**. SP: Ed. RT, 1991

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as constituições do Brasil**. 3ª edição. SP: Ed. Atlas, 1978

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1982

_____. 2ª edição. COIMBRA: Editora Coimbra, 2001

_____. **Direito constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992

_____. Conferência proferida no IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizado pela ABDC, Curitiba, 2002

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Trad. Klauss Brandino Gerhardt. SP: Paz e Terra, 1999

CASTRO, José Fernando de. **A origem do direito de solidariedade**. RJ: Renovar, 1998

CAVALI-SFORZA, Luigi Luca. **Genes, raças e línguas**. Trad. Carlos Afonso Malferrari. SP, Cia das Letras, 2002

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva** – elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª edição. RJ: Ed. Lumen Juris, 2000

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. SP: RT, 2000

CORREAS, Óscar. **Kelsen y los marxistas**. México, DF: Ediciones Coyoacán, 1994

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2ª ed. SP: RT, 1992

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional e constituições políticas**. Bauru: ed. JALLOVI, 1986

_____. **O valor da constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2ª ed. RJ: Renovar, 2001

DAWKINS. **O gene egoísta**. Trad. Geraldo M. Florshheim, SP: Ed. USP, 1979

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS. A desigualdade racial no mercado de trabalho. Boletim DIEESE. SP: Novembro 2002.

Disponível em: www.observatoriosocial.org.br/download/dieesedesigualdade.pdf. Acesso em 16 jul. 2003

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. SP: Saraiva, 1989

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. SP: Martins Fontes, 1999

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luiz Carlos Borges. SP: Martins Fontes 2000

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeiras. SP: Martins Fontes, 2002

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional** (monografia). 3ª ed. Madri: CIVITAS 1985

- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10^a ed. RJ: Globo; SP: Publifolha, 2000
- FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. RJ: Renovar, 1998
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Trad. Durval Marcondes et. al. SP: Abril Cultural, 1978
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Cláudia Berliner. SP: Martins Fontes, 2002
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade** – a experiência dos EUA. SP: RENOVAR, 2001
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2^a ed., SP: Malheiros, 1998
- GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Classes, raças e democracia**. SP: Fundação de Apoio à Universidade de SP, Ed. 34, 2002
- HART, H. L. A. **El concepto de derecho**. Trad. Genaro R. Carrio. 2^a edição. México: Editora Nacional, 1978
- HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão dos direitos fundamentais. In: **Revista RT**, ano 89, vol. 781, nov. 2000, p. 71/78, SP: RT, 2000
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991
- HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 3^a ed. Trad. J. P. Monteiro e M. B. Nizza da Silva, SP: Abril Cultural, 1983
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa nacional por amostra de domicílios 1999 [CD-ROM]. Microdados. RJ, 2000.
- _____. Síntese dos Indicadores Sociais 2002. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em 12 jul. 2003
- _____. Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar 2001. Disponível em <www.ibge.gov.br>. Consulta realizada em 1^o ago.2003
- JACCOUD, Luciana de Barros e BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília: Ipea, 2002
- JÈZE, Gaston. **Principios Generales del derecho administrativo**, vol. II² - los agentes de la administración pública. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Tânia M. Bernkopf e outros. SP: Abril Cultural, 1984
- KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad. João Baptista Machado. 2^a ed. Coimbra, Armênio Amado Editor, Sucessor, 1979
- _____. **Teoria pura do direito**. 4^a edição. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1979
- KOLM, Serge Christophe-. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e outro. SP: Martins Fontes, 2000

- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza e PUSSOLI, Lafaiete (coord.). **Cultura dos direitos humanos**. SP: Ed. LTr, 1998
- LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Trad. Walter Stöner. RJ: Ed. Laemmert, 1969
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3ª ed. Trad. Anoar Aiex e Jacy Monteiro. SP: Abril Cultural, 1983
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa** – de acordo com as emendas constitucionais 18, de 05.02.1998 e 19, de 04.06.1998. SP: Ed. RT, 1998
- MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. **A escravidão no Brasil** – ensaio histórico–jurídico–social. SP: Edições Cultura, 1944
- MARTINS Fº., Ives Gandra. Os direitos fundamentais e os direitos sociais na constituição de 1988 e sua defesa. In: **Revista LTr**, 63-05/588, SP, LTr, 1999
- MARX, Karl. A sagrada família. Trad. Maria Elisa Mascarenhas. In: IANNI, Octávio (org.). **Marx** – sociologia. 2ª ed. SP: Ática, 1980
- _____; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Trad. Joám Castinheira. Disponível em www.basque-red.net/gap/arquivo/marxg/marxg1b.htm. Acesso em 1º ago. 2003
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25ª edição. S. Paulo: Malheiros Editores, 2000
- MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SP: Renovar, 1999
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2ª ed. SP: RT, 1984
- _____. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. SP: RT, 1990
- _____. (coord.). **Direito administrativo na constituição de 1988**. SP: RT, 1991
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios gerais de direito administrativo**. RJ: Forense, 1969
- MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal. In: **Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública**, n. 03, Março/2000, p. 23 ss.
- _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de direito constitucional. 2ª ed. SP: Celso Bastos Editor, 1999
- MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte–americano**. SP: RT, 2001
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – tomo IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1988
- _____. (org.). **Constituições de diversos países** - I vol. 3ª ed., Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967** - com a emenda n. 1, de 1969, tomo IV. 2ª ed. SP: ed. RT

_____. **Comentários à constituição de 1946**, tomo VI (Arts. 157-218). RJ: Editor Borsoi, 1960

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do brasil – doutrina e jurisprudência. 4ª ed. SP: Atlas, 2002

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. RJ: Nova Fronteira; SP: Publifolha, 2000

_____. **Um estadista do Império**. 5ª edição. RJ: Topbooks, 1997

OLSON, Steve. **A história da humanidade** – desvendando 150 mil anos da nossa história através dos genes. Trad. Ronaldo S. de Biasi. RJ: Campus, 2003

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. Trad. Dante Moreira Leite. SP: Pioneira, 1974.

KERNIG, C. D. (org.) **Marxismo y Democracia** – Enciclopedia de conceptos básicos, vol. 4. Madrid: Ediciones Rioduero, 1975

PENA, Eduardo Spiller. **Pajens da casa imperial** - jurisconsultos, escravidão e a lei de 1871. Campinas: Ed. da UNICAMP, 2001

_____. Os direitos da cidadania afro-brasileira e a luta contra o racismo no Brasil. In: **Simpósio Internacional 150 años de la abolición de la esclavitud en Colombia**, outubro de 2001

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. RJ: RENOVAR, 1999

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5ª ed. SP: Max Limonad, 2002

PLATÃO. **A república**. Trad. Enrico Corvisieri. SP: Ed. Nova Cultural, 2000

POCHMANN, Márcio. Erros de uma segunda abolição. **Folha de S. Paulo**. Ed. 31.mai.2002, caderno A, p. 3

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. SP: Martins Fontes, 2000

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na constituição de 1988**. SP: Saraiva, 1989

_____. **Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis**. SP: Saraiva, 1992

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista de Informação Legislativa**, Ano 33, nº 131, julho/setembro 1996, p. 283/295. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1996

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz. SP: Ed. RT, 1977

ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e o fundamento das desigualdades**. Trad. Lourdes Santos Machado. 3ª ed. SP: Abril Cultural, 1983

_____. **Do contrato social**. Trad. Lourdes Santos Machado. 3ª ed. SP: Abril Cultural, 1983

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1995

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Contratação temporária na administração pública**. Curitiba: Gênese, 1996

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, vol. I: A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência. 3ª edição – SP: Cortez, 2001

_____. Uma concepção multicultural de direitos humanos. In: **Revista Lua Nova**, vol. 79, 1997

SANTOS, Hélio. **A busca de um caminho para o Brasil** - a trilha do círculo vicioso. SP: Ed. SENAC, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2001

SENADO FEDERAL. Parecer nº 406/2002. Diário do Senado Federal, 22 de Maio de 2002

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18ª ed. SP: Malheiros Editores, 2000

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª ed. SP: RT, 1982

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna** - contribuição à crítica da teoria social. Trad. Roberto Raposo. RJ: Civilização Brasileira, 1979

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **A Cor da Bahia**. Disponível em <www.ufba.br/~acorda/menu3.html>. Acesso em 16 jul. 2003.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Trad. Leonidas Hegenberg, Octany Silveira da Mota. SP: Ed. Cultrix, 1996, p. 70

_____. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. Pietro Nassetti. SP: Martin Claret, 2002

WEFFORT, Francisco (org.), **Os clássicos da política**, Vol. 1 - Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, 'o Federalista' ". 13ª ed. SP: Ática, 2002