Diferenças sociais e ações afirmativas

A luta pela igualdade

Hamilton Vieira Ramos

Sumário

1. Introdução. 2. Diferenças sociais. 3. Desigualdades sociais. 4. A evolução do Estado de Direito. 5. Ações afirmativas. 6. Conclusão.

1. Introdução

As Políticas de Ação Afirmativa pressupõem uma situação de desigualdade nos níveis de gozo e fruição dos bens e direitos produzidos numa determinada sociedade.

Neste artigo, primeiro vislumbraremos alguns dos fatores históricos que deram origem a essas distorções para, em seguida, lançarmos nossa opinião acerca da viabilidade ou não das políticas idealizadas com vistas à sua correção.

O tema ações afirmativas é muito atual e encontra-se intimamente relacionado com a evolução do princípio da igualdade. Nosso objetivo é verificar se, frente ao significado que os textos constitucionais modernos consagram para esse princípio, estaria o Poder Público juridicamente autorizado a levar a efeito políticas públicas de caráter diferencialista[1] que tenham por finalidade a igualação das oportunidades entre os diversos segmentos sociais.

2. Diferenças sociais

O problema das diferenças sociais está relacionado com a existência, no seio de uma mesma sociedade, de grupos humanos caracterizados por variados padrões estéticos

Hamilton Vieira Ramos é Analista Legislativo do Senado Federal, Especialista em Análise de Constitucionalidade.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Eduardo Elias Romão.

e fenotípicos, bem como por costumes, hábitos alimentares, práticas religiosas, e valores culturais diversos.

Para explicar as diferenças físicas e comportamentais observáveis entre os grupos humanos, foram criados dois termos: raça e etnia.

O primeiro, a raça, é utilizado para diferenciar elementos da mesma espécie, estando, portanto, relacionado a aspectos biofisiológicos, como os padrões estéticos e fenotípicos.

O segundo, a etnia, constitui uma categoria antropológica destinada à consideração de elementos culturais como língua, religião, costumes alimentares e comportamentos sociais, reproduzidos no interior de grupos humanos não muito distantes em sua aparência, ainda que não necessariamente vinculados por nacionalidade comum, embora quase sempre compartilhando território comum e se organizando como população geral desse território.

Sant'Ana (2005, p. 43) informa que até a Idade Média, a exploração do homem pelo homem com base em suas características grupais se dava em consideração a fatores relacionados à religião, à política, à nacionalidade ou à linguagem do grupo dominado, mas nunca a eventuais diferenças biológicas ou raciais. As teorias e doutrinas biológicas surgiram depois, como instrumentos destinados à geração de argumentos mais sólidos, que melhor garantissem a dominação, propiciando para que essa se desse de maneira o menos possível contestada e, conseqüentemente, menos dispendiosa e arriscada.

Embora a submissão com base na raça haja se iniciado ainda no início do século XVI, a introdução de elementos biológicos nesse conceito só veio a ocorrer no final do século XVIII, após a revolução industrial européia, tendo resultado de estudos comparativos procedidos no crânio (frenologia) e no rosto (fisionomia) de exemplares humanos pertencentes aos diversos grupos. Por meio dessas análises, os pesquisadores se julgaram aptos a definirem as características psicológicas de cada grupo analisado e, a partir daí, à sua hierarquização. O resultado era a confirmação das teses sociológicas já em vigor, o homem branco era, sem dúvida, de raça superior, o amarelo situava-se numa posição intermediária, e o negro estava, realmente, mais próximo do reino animal (Vieira Júnior, 2005, p. 46).

O Professor Munanga (2003) observa que "a concepção do racismo baseada na vertente biológica começa a mudar a partir dos anos 70 [...]" e, em 15 de novembro de 1998, a revista *Isto É* publica recente pesquisa de autoria do biólogo Alan Templeton, que depois de comparar mais de oito mil amostras genéticas colhidas alheatoriamente de pessoas em todo o mundo, concluiu que não há raças entre os seres humanos porque "as diferenças genéticas entre grupos das mais distintas etnias são insignificantes".

Assim, toda referência a raça não passa mesmo de pretexto para exploração, dominação e manutenção de *status*. É o que podemos depreender também das palavras de d'Adesky (2001, p. 48): "[...] Embora o continente africano devesse ser, teoricamente, isento de tensões raciais, a realidade mostra serem (ali) abundantes os conflitos interétnicos. É o caso de Ruanda e do Burundi, em especial, onde etnias encontram-se excluídas do centro das decisões políticas, alijadas dos altos postos das funções públicas, sofrendo igualmente restrições no acesso à escola e à universidade. Nesses países, a inserção étnica caracteriza-se, não pela cor da pele, uma vez que todos são negros, mas principalmente pela forma do rosto, pela envergadura e pela altura do indivíduo".

Com a cessação das formas de discriminação mais explícitas, como a escravidão e o *apartheid*, o mundo pareceu convencer-se de que a prática do racismo estava eliminada e de que suas conseqüências prosseguiam em decorrência do processo de introjeção, fenômeno que faz com que formulações culturais antigas sejam retransmitidas e continuem atingindo, moral e psiquicamente, as sucessivas gerações, provocando, nos

grupos estigmatizados, um senso comum de inferioridade e de perda da auto-estima, e reforçando, no grupo dominante, o seu complexo de superioridade.

Dante Moreira Leite, *apud* Vieira Júnior (2005, p. 179), sustenta que: "o passado atua no presente e pode ser uma força determinante da ação, mas isso só ocorre quando forças do passado continuam no presente (...). Não existe a 'misteriosa comunicação' do passado com o presente, a não ser que aquele continue a atuar diretamente neste; ou, em outras palavras, quando se transforma a situação, o que continua a influir é apenas o que, na situação nova, restou da anterior".

No mesmo sentido são as palavras do Professor Munanga (2003), que assegura que, depois do descrédito das teorias que sustentavam a *cientificidade* da idéia de raça, assiste-se "ao deslocamento do eixo central do racismo e ao surgimento de formas derivadas, tais como racismo contra mulheres, contra jovens, contra homossexuais, contra pobres, contra burgueses, contra militares, etc. [...]".

Prestigiando esse entendimento, em setembro de 2003, nossa maior Corte de Justiça decidiu o Habeas Corpus nº 82.424 / RS, que tinha como paciente um escritor e editor gaúcho acusado de editar, distribuir e vender obras literárias de cunho anti-semita.

Em seus itens de números 3, 4 e 16, a ementa do respectivo acórdão pronuncia-se sobre os problemas raça e racismo, reafirmando a imprescritibilidade dos crimes a eles relacionados.

Dada a sua natureza de síntese, a ementa desse julgamento, não podendo se alongar muito na referência que faz a respeito de raça, limitou-se a dizer que "A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social".

Vemos, então, que também para o Judiciário brasileiro o conceito de raça ultrapassa os limites das características físicas para assumir as mais diversas formas, especialmente as relacionadas ao comportamento social.

Essa evolução da idéia de raça, que passou, então, a ser compreendida a partir de caracteres étnicos e políticos, possibilita, nas palavras do Professor Kabengele Munanga, qualificar de racismo "qualquer atitude ou comportamento de rejeição e de injustiça social".

Nesse contexto, é de notar-se que as práticas racistas se adequaram ao novo conceito e que as desigualdades sociais com as quais nos deparamos não resultam apenas das discriminações do passado, mas constituem também efeitos de atos preconceituosos do presente.

A transformação verificada permite também que a idéia de racismo retroaja, pois, como vimos, até a Idade Média a exploração do homem pelo homem justificava-se em fatores como religião, política, nacionalidade e linguagem do grupo dominado, os mesmos em que atualmente se funda.

3. Desigualdades sociais

Essa consideração dos grupos humanos a partir de sua posição nessa idealizada hierarquia, vai gerar a idéia de maioria e minorias, conforme o pertencimento ao grupo de mando ou às camadas de subserviência, variáveis de acordo com o território e o período histórico. Da perspectiva que temos aqui, que seria a busca de um instrumento hábil a definir os grupos de menor grau de prestígio e influência no seio de determinada sociedade, o sentido que se deve dar ao termo minoria é o antropológico social, que, no Dicionário Aurélio Eletrônico, por oposição ao termo maioria, aparece como "Subgrupo que, dentro de uma sociedade, considera-se e / ou é considerado diferente do grupo maior e dominante, em razão de características étnicas, religiosas, ou de língua, costumes, nacionalidade, etc., e que em razão dessas diferenças não participa integralmente, em igualdade de condições, da vida social".

A pretexto de suas particularidades, às minorias não é dado participar das decisões

do Estado, não dispondo elas, conseqüentemente, das mesmas oportunidades de gozo e fruição dos direitos fundamentais. E é exatamente essa distância, essa diferença de poder, de influência e de prestígio, refletida nas oportunidades de efetivo acesso aos bens e serviços produzidos pela sociedade, que vai constituir as chamadas desigualdades sociais.

4. A evolução do Estado de Direito

A primeira forma de Estado de Direito foi o Estado Liberal, que apareceu em contraposição ao Estado Absolutista, assim caracterizado pelo poder absoluto que detinha o soberano, no qual vigorava uma situação estamental de privilégios e sujeições baseadas na condição de nascimento.

Como reação a esse sistema "elitizante" e discriminatório, eclode, em 1789, a Revolução Francesa, que logrou consagrar e normatizar os direitos fundamentais do homem, inicialmente identificados com a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Nesse novo contexto, perante a lei todos eram considerados iguais. Juridicamente, nenhuma distinção poderia ser feita. Era o auge do formalismo. Na área econômica vigia absoluto o princípio da não-intervenção do Estado. Só havia lugar para o regime de competição. As leis do mercado faziam o único regulamento.

O compromisso do Estado Liberal era, então, exclusivamente com os direitos individuais. Para que não houvesse risco de que fossem esses prejudicados, foram positivados os princípios da legalidade, da separação dos poderes e da liberdade contratual. Nesse ambiente de extrema empolgação e apreço pela liberdade, não se fez nenhuma previsão para direitos de ordem social, econômica ou cultural. A autonomia individual só encontrava limites nos direitos que os outros detinham sobre a mesma autonomia.

O resultado dessa irrestrita liberdade de iniciativa econômica, associada à total proibição de tratamento jurídico diferenciado, foi a enorme acumulação e concentração de renda e de patrimônio. Em decorrência disso, o que se viu foi uma rápida disseminação da pobreza e da miséria.

É nesse clima que vai se revelar o estado social-democrático. Seguramente não antes de muitas lutas e muitos protestos. A característica deste novo modelo de Estado é o dirigismo econômico. Desaparece o *État Gendarme*, que dá lugar ao Estado ativo, intervencionista, preocupado com o bem-estar do cidadão.

A liberdade individual é afetada também pela transformação do princípio da igualdade, que abandona seu aspecto formal para assumir um caráter material. A livre iniciativa e a livre concorrência, tidos como pilares do liberalismo, começam a ser restringidos. A propriedade passa a ter seu uso condicionado à sua função social[2].

Surgem os direitos sociais, uma segunda geração de direitos fundamentais que tem por finalidade democratizar o acesso aos direitos de primeira geração, às liberdades clássicas que se pensava poderiam, por si sós, fazer de cada pessoa efetivamente um cidadão. Era o reconhecimento de que os direitos a serem deferidos por meio da autonomia garantida pelo absenteísmo do Estado só estariam a todos realmente disponibilizados se todos tivessem atendidas as suas necessidades vitais básicas, tais como a alimentação, a habitação, a saúde e a educação. Sem o acesso a essas condições básicas, ficava inviabilizado o sistema de competição institucionalizado. Não havia igualdade de oportunidades na disputa. Enquanto uma parcela lutava pela sobrevivência, pelo atendimento de suas necessidades básicas, a outra, já livre dessas limitações, avançava para a conquista e acumulação, cada vez maiores, de riqueza e de poder.

Assumindo como seu o encargo de a todos garantir essas condições mínimas de bem-estar econômico, social e cultural, necessárias para que a concorrência pudesse se dar em um ambiente de maior igualdade de oportunidades, o Estado Providência,

superando seu papel fiscalizatório, visando, então, o desenvolvimento social mais justo e equilibrado, passou a intervir no setor econômico, algumas vezes dando ao sistema produtivo privado a orientação que melhor convinha a seus objetivos, outras vezes atuando diretamente como agente produtor de bens e de serviços, tornando-se um verdadeiro concorrente do setor privado.

Tais mudanças principiaram pelas constituições mexicana e alemã[3], migrando, em seguida, para os demais países constitucionalistas.

Em que pese todo o esforço, todo o ativismo empreendido pelo Estado nessa sua nova fase histórica, as condições de vida continuaram muito desiguais. O progresso científico e tecnológico sem dúvida trouxe melhorias para todos, mas a distância entre a parcela dominante e a parcela dominada, perceptível pela diferença no padrão de vida ostentado e nos níveis de prestígio e influência exercidos, pareceu conservar-se ou, em alguns casos, até aumentar. Insuficientes ou inócuas haviam sido as políticas de intervenção até então adotadas pelo Estado com vistas à igualização das oportunidades. A maior parte dos direitos constantes das declarações e dos textos constitucionais à época vigentes não passava ainda de mera afirmação de intenções, constituindo normas programáticas a serem efetivadas no futuro, dependentes da vontade política e das possibilidades de cada Estado.

Percebida a clara dissintonia entre o direito e a realidade, passa a ser questionada a eficiência do Estado Social. Reiniciam-se as lutas pela igualdade, pela efetiva implementação dos direitos formalmente reconhecidos nas cartas constitucionais. Ainda na primeira metade do século XX, em vista da opressão e marginalização de que continuavam vítimas, as minorias voltam às ruas para apresentar suas reivindicações. Desta vez, a pauta é mais complexa. Além da implementação dos direitos já consagrados e não satisfatoriamente disponibilizados, exige-se também o poder de efetiva participação nas decisões do Estado. Clama-se, então, por Democracia, pelo reconhecimento a todos de igual humanidade, pelo igual deferimento de direitos fundamentais, enfim, pelo direito à diferença. É um momento de nova transformação do Estado, cujo paradigma passa a ser a dignidade da pessoa humana. É o surgimento do Estado Democrático de Direito, que tem como maior objetivo a concretização da igualdade de oportunidades.

A despeito dessa nova mudança no constitucionalismo mundial, a idealizada igualdade jurídico-constitucional, destinada a propiciar tratamento condigno a todos, resgatando as minorias desprivilegiadas, também não tem conseguido produzir resultados satisfatórios. Desiludidos com as ineficientes políticas públicas de caráter universalista[4], incapazes de cessar a concentração de rendas e a conseqüente ampliação dos quantitativos minoritários, os grupos em desvantagem prosseguem em suas manifestações. No contexto da diversidade e da pluralidade propiciado pelo estado democrático, pleiteiam, agora, políticas públicas de caráter diferencialista. Enquanto no passado as manifestações eram feitas em conjunto e, assim, as reivindicações eram por políticas públicas de caráter geral ou universal, mais recentemente os movimentos e protestos têm sido realizados separadamente, visando políticas públicas de caráter específico.

A nova feição que no Estado Democrático toma o conteúdo da isonomia sugere o entendimento de que, mais do que nunca, o Estado está, agora, autorizado a abandonar sua posição de neutralidade, devendo identificar as minorias em desvantagem e sair em sua defesa.

Em sua fase Democrática, com a responsabilidade de a todos garantir a igualdade de oportunidades e o respeito à diferença, é de pressupor-se que o Estado tem compromissos com as políticas públicas específicas aptas à redução das desigualdades sociais, possuindo a autoridade de que necessita para discriminar entre os seus cidadãos.

Aqui nos reportamos à discriminação benigna, àquela que, sem contrariar o ordenamento jurídico, sem desrespeitar os direitos fundamentais de quem quer que seja, viabiliza o resgate e propicia o desenvolvimento da pessoa humana.

A dificuldade reside, porém, na delimitação dos parâmetros com base nos quais essa discriminação possa ser legitimamente feita.

Konrad Hesse, *apud* Silva (2005, p. 145), anota que: "o princípio da igualdade proíbe uma relação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual; a questão é, quais fatos são iguais e por isso, não devem ser regulados desigualmente".

A questão nos remete ao problema da definição dos critérios de justiça. É com base numa possível subjetividade por parte dos operadores do Direito que a maioria no comando ainda consegue dar sobrevida ao princípio de igualdade perante a lei. A pretexto de possíveis ilegalidades, consegue adiar a adoção das políticas sociais de caráter diferencialista, prorrogando, assim, o estado de desigualdades que lhe é favorável.

Os riscos de quebra da isonomia na execução das políticas públicas de caráter específico existem, mas podem perfeitamente ser superados pela atuação do Poder Judiciário, que adquire fundamental importância nesse processo de concretização da igualdade de oportunidades e de realização dos direitos fundamentais. Destinadas a prevenir tais riscos e a restabelecer a situação isonômica, eficientes técnicas interpretativas já foram desenvolvidas.

5. Ações afirmativas

As ações afirmativas surgem, então, no contexto de evolução do Estado.

No cumprimento de sua tarefa de discriminação, o Estado continua, sem dúvida, submisso ao princípio isonômico. O que pretende é a efetivação desse preceito. Seu esforço é no sentido de realização da fórmula clássica: que os iguais sejam tratados igualmente e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

Visando auxiliar nessa busca pela equanimidade sem desrespeito à isonomia, interessantes teses têm sido desenvolvidas.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 17) entende que: "as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição".

Gomes (2001, p. 21) informa que existem duas espécies de discriminação juridicamente admitidas: a primeira, relacionada com o emprego, é tida como inevitável e diz respeito à natureza da atividade a ser desenvolvida ou às características pessoais do candidato. Como exemplos mais comuns desse tipo de discriminação, o autor menciona a legítima exclusividade dada às pessoas de sexo feminino nas contratações para os cargos de guarda de presídio feminino e às pessoas de sexo masculino nas contratações para certos setores das Forças Armadas; a segunda é aquela levada a efeito por meio de políticas públicas ou privadas de caráter diferencialista, obrigatórias ou voluntárias.

Fora daí, qualquer discriminação seria ilegítima ou ilícita, podendo ocorrer de maneira intencional ou de forma inconsciente.

Carvalho (2005, p. 180) observa que, ao contrário do que supõe 99% da intelectualidade brasileira, a Índia é o país com mais longa história e experiência de ações afirmativas no mundo e não os Estados Unidos. O mesmo autor assegura que também na Malásia as políticas de ação afirmativa tiveram grande importância. De acordo com os dados em que se baseia, tais políticas apresentaram, naqueles dois países, excelentes resultados: na Índia, os *dalits*, que em 1950 correspondiam a 17% da população e detinham apenas 1% dos postos mais graduados do país, hoje ocupam 12% desses

postos; e, na Malásia, onde em 1971 os *bumiputeras* estavam inteiramente excluídos das posições de poder e da riqueza nacional, hoje "... a igualdade étnica (no país) já é aceitável e o sistema pode agora dar lugar às leis universalistas dentro de uma lógica realista de igualdade étnica e racial"[5].

Para Gomes (2003, p. 21), o país pioneiro na adoção das políticas de ação afirmativa foram os Estados Unidos da América, onde foram concebidas como mecanismo tendente a acabar com a marginalização social e econômica do negro, passando, posteriormente, a beneficiar as demais minorias.

Silva (2005, p. 68) ressalta que uma das primeiras menções à idéia de ações afirmativas constou do famoso discurso proferido na Howard University, em junho de 1965, pelo então presidente norte-americano, Lyndon Johnson: "Você não pega uma pessoa que, por anos, esteve presa por correntes e a liberamos, a levamos para o início da linha de partida de uma corrida, e então dizemos 'você está livre para competir com todos os outros', e ainda acreditamos que fomos completamente justos. Assim, não é o bastante apenas abrir as portas da oportunidade. Todos os cidadãos devem possuir a habilidade necessária para atravessar essas portas".

Gomes (2001, p. 40) define as ações afirmativas como "um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego".

Ana Emília Andrade Albuquerque da Silva (2005, p. 28) salienta que a "ação afirmativa põe fim à neutralidade do Estado, obrigando-o a uma conduta de natureza positiva com vistas à eliminação das desigualdades que impedem alguns de usufruir dos direitos mínimos necessários à vida digna em sociedade. Além disso, as ações afirmativas importam em conferir aos grupos vulneráveis o mesmo ponto de partida dos grupos em situação de vantagem, possibilitando àqueles a sua integração econômica e social. Trata, por conseguinte, a ação afirmativa, de uma forma de obtenção de justiça social[6]".

Admitindo-as tanto para o setor público quanto para a iniciativa privada, os conceitos supratranscritos atribuem às políticas de ação afirmativa o objetivo de contribuir para com a busca da igualdade de oportunidades, abrangendo como seus beneficiários todas as minorias.

A idéia de políticas de ação afirmativa enseja, então, uma espécie de discriminação positiva por parte do Estado, que, em determinado momento histórico, tendo percebido o fracasso das proclamações jurídicas que viam na institucionalização da igualdade formal o justo e adequado estímulo para o desenvolvimento da sociedade, abandona sua posição de neutralidade, seu compromisso de não-intervenção em assuntos de natureza econômica, espiritual e íntima do cidadão, para agir e incentivar ações tendentes à concretização do ideal de efetiva igualdade de oportunidades, considerando, para isto, as especificidades dos diversos segmentos sociais.

Podemos dizer que a idéia de ações afirmativas reconhece na sociedade a existência de preconceito e discriminação e que na sua proposta de superação desses males pressupõe a transformação consciente e planejada dos costumes e comportamentos, estimulando os envolvidos a uma revisão nas formas de relacionamento, levando-os à percepção e valorização das diferenças que cada um traz em si sem deixar que quaisquer constatações produzam o sentimento de hierarquização ou de segregação.

Uma primeira teoria visando justificar as políticas de ação afirmativa é a da justiça compensatória. Para essa teoria, o Estado deve agir em favor das minorias em decorrência da necessidade de reparação dos

danos suportados pelos diversos grupos minoritários que, no decorrer da história, foram vítimas do preconceito e da discriminação que, fundados em doutrinas racistas, foram praticados com vistas à dominação.

A legitimação das políticas de ação afirmativa com base na compensação encontra sérias restrições na via jurídica, uma vez que os requisitos para a indenização nos casos de responsabilidade civil consistem na indicação do fato ilícito, do dano e da conexão entre ambos, exigindo-se, ainda, que eventual ação judicial seja promovida por parte de quem haja sofrido o dano e em face de seu causador. Nesses termos, a responsabilização jurídica, ao demandar a perfeita identificação do causador do dano e de sua vítima, só se faz possível nas relações entre particulares, o que impossibilita o acionamento coletivo das atuais gerações por atos de gerações passadas, com a agravante de que, também o pólo ativo de eventual demanda, não poderia ser ocupado por suas vítimas diretas, mas por sucessores muito distantes.

Outra teoria destinada à justificação das políticas de ação afirmativa é a da justiça distributiva. Enquanto a idéia de justiça compensatória se relaciona com as postulações de natureza reparatória, apresentadas em razão de danos surgidos no passado, a idéia de justiça distributiva preocupa-se em obter justiça no presente. Seu postulado básico é o de que, por ocasião do nascimento, todos os seres humanos são essencialmente iguais, igualdade que deve ser preservada mediante a redistribuição equânime dos ônus, direitos e demais benefícios gerados pela sociedade.

Com a finalidade de justificar as políticas de ação afirmativa, existe ainda a tese utilitarista. Alguns autores a consideram apenas uma vertente da teoria da justiça distributiva, pois sua meta é, também, a redistribuição equânime dos ônus, direitos e demais benefícios produzidos pela sociedade. Outros, no entanto, consideram-na uma forma de justificação autônoma, porque almeja essa mesma redistribuição, mas justificando-a de maneira diferente. O fundamento utilitarista sustenta que a redistribuição equânime de ônus e benefícios é justa não porque preserva a igualdade que todos possuem ao nascer, mas porque implica o bem-estar geral, já que reduzindo-se as desigualdades desaparecem os ressentimentos e sobrevém um clima de paz e fraternidade social que propicia o melhor aproveitamento das potencialidades individuais com o conseqüente progresso da sociedade, que, assim, passa a ter um conceito mais positivo acerca das minorias.

Para o utilitarismo, as ações afirmativas podem representar, ainda, uma grande arma com vistas à promoção da harmonia e do desenvolvimento social. Uma das grandes vantagens dessas políticas seria a criação de modelos. Quando um membro de uma minoria vê um dos seus ocupando posição de prestígio, espelha-se nele e passa a acreditar que não haverá óbices em sua trajetória. O sucesso de alguns certamente estimularia a luta de muitos.

Cruz (2003, p. 181/184) é um dos que coloca o utilitarismo como vertente da justiça distributiva. Entretanto, critica tanto a teoria da justiça compensatória quanto a da justiça distributiva. Com vistas à satisfação dos direitos essenciais da humanidade, esse autor abraça como fundamento das políticas de ação afirmativa o princípio do pluralismo jurídico e da dignidade humana.

Nesse contexto, a eficiente aplicação dos programas de ação afirmativa demanda o reconhecimento da identidade de cada indivíduo e do grupo ao qual pertence, ressurgindo, assim, a exigência de concretude e diferencialismo, ao invés da abstração, ordinariamente orientadora das políticas públicas.

Embora não se referindo direta e expressamente ao tema, os fundamentos jurídicos para as ações afirmativas no Brasil são perceptíveis desde o preâmbulo de nossa Constituição Federal de 1988, onde, sintetizando as orientações a serem seguidas por nossos

governantes, os Constituintes se declaram reunidos para "...instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...".

Dessa mensagem já se depreende que nossos representantes na Assembléia Nacional Constituinte idealizaram um Estado que, além de democrático, seja ativo, pois destinado a assegurar o exercício de direitos, assegurar o bem-estar, assegurar o desenvolvimento, assegurar a igualdade e a justiça, finalidades que não podem ser alcançadas por via da inércia ou da abstenção.

Pela redação do artigo 1º da Constituição Federal, notamos que todos os fundamentos da República Federativa do Brasil levam à pessoa humana, a quem, no mínimo, deve ser garantida a dignidade.

Em consonância com essas premissas, nossos Constituintes fixaram, no art. 3º de nossa Carta Constitucional, como objetivos fundamentais a serem alcançados pela República Federativa do Brasil, mais alguns preceitos a guiar os atos de nossos governantes. São eles: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

À primeira vista, o inciso IV do art. 3º, assim como o *caput* do art. 5º, de nossa Constituição, parecem privilegiar a igualdade formal e, portanto, determinar a abstenção e a neutralidade do Estado no trato com seus cidadãos. No entanto, esses dispositivos visam unicamente a prevenir a discriminação ilícita, injustificada, desarrazoada. A própria Constituição, em variadas oportunidades, adota tratamentos diferenciados. É de se compreender que ao Constituinte não era possível prever todos os casos em que se faz razoável o tratamento diferenciado. E é exatamente por isto que fixou princípios a nortearem os agentes públicos na necessária complementação de seu trabalho. A dignidade da pessoa humana, como fundamento de existência da própria Nação, se apresenta como o maior vetor.

Conforme previsto no § 2º, art. 5º, da Constituição Federal, além das políticas públicas de caráter diferencialista ditadas pelo texto constitucional ou com base nele formuladas, outras podem surgir em decorrência de tratados internacionais dos quais faça parte a República Federativa do Brasil.

Consoantes com os preceitos fundamentais supracitados, existem, em nosso sistema constitucional, muitas disposições com base nas quais se deve ou se pode adotar, no Brasil, políticas de ação afirmativa.

Vários são os diplomas infraconstitucionais que, destinados a concretizar as políticas de ação afirmativa viabilizadas pela Constituição Federal, encontram-se já em vigor no âmbito dos três poderes de nossa República.

Na área de ensino principalmente, em nível federal, estadual, distrital e municipal, já temos muitos exemplos de medidas positivas em favor de segmentos desfavorecidos.

Entretanto, nossa Corte Constitucional ainda não teve a oportunidade de se pronunciar sobre a legitimidade das políticas de ação afirmativa.

Em 2003 foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade em razão das Leis nº 3.524, de 2000, e 3.708, de 2001, promulgadas pelo Estado do Rio de Janeiro, as quais estabeleciam cotas para afro-descendentes na Universidade daquele Estado, na UERJ. Várias entidades se habilitaram como *amicus curiae* no processo correspondente. Entretanto, antes que acontecesse o julgamento, o Governo do Rio de Janeiro, por meio da Lei nº 4.151, de 2003, reformulou seu programa de ações afirmativas, o que tornou prejudicada a Ação de Inconstitucionalidade à época em tramitação.

A reformulação procedida não satisfez os opositores do programa, que, em 2004, voltaram ao Supremo Tribunal Federal com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2858, por meio da qual pedem a eliminação da Lei nº 4.151, de 2003, e, conseqüentemente a extinção do programa de ação afirmativa instituído para o sistema de ensino superior daquele Estado.

Silva (2005, p. 254 / 255) nos informa que, em primeira instância, o sistema de cotas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro tem se deparado com muitas resistências. Entretanto, perante o Tribunal do Estado, tem encontrado abrigo. O autor conta que, inconformada com a preterição, uma estudante branca entrou com Mandado de Segurança perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, junto à qual alegou a inconstitucionalidade do sistema de cotas contra o qual se insurgia. Sua pretensão foi rejeitada, tendo a mesma recorrido ao Tribunal Estadual, que, por decisão unânime de sua Décima Primeira Câmara Cível, nos autos da Apelação nº 2003.001.27.194, também rechaçou seu pedido.

A espécie mais conhecida e utilizada de ação afirmativa é o sistema de cotas, que é também a mais criticada. Heringer, *apud* Silva (2005, p. 227), alerta para o fato de que a associação que se faz entre ação afirmativa e política de cotas não reflete a realidade. As cotas foram impostas no passado para corrigir situações de permanente e recorrente segregação, oportunidade em que outros esforços se provaram ineficazes na superação de padrões discriminatórios. Silva acentua que, apesar das recentes reclamações contra as políticas de cotas, o sistema não constitui novidade no Brasil, pois, em 1968, publicou-se a Lei nº 5.465, que criava, para os agricultores ou para os filhos destes, uma reserva de vagas nos cursos de ensino médio agrícola e superiores de veterinária e agronomia. Segundo o mesmo autor, antes disso, o Governo Getúlio Vargas, pelo Decreto nº 20.291, de 1931, já havia instituído que seriam destinadas a brasileiros natos um mínimo de 2 / 3 das vagas em empresas, associações, companhias e firmas comerciais que explorassem concessões do Governo Federal ou dos Governos estaduais e municipais ou que com esses contratassem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras.

Outras formas menos utilizadas de ação afirmativa são: a) o sistema de metas, pelo qual se busca estabelecer determinados objetivos a serem alcançados em relação a determinado segmento social minoritário, como, por exemplo, a ampliação da presença negra nos postos mais elevados da Administração; b) o sistema de preferência, utilizado mais em casos de empate na satisfação dos demais requisitos exigidos; c) o sistema de concessão de bônus, que pressupõe uma estimativa na capacidade competitiva dos concorrentes com o objetivo de uma maior precisão na compensação da diferença; d) o sistema de incentivos fiscais, que podem resultar em programas semelhantes ao PROUNI, que concede bolsas de estudos em estabelecimentos particulares; e e) o sistema de financiamento estudantil, cujo exemplo é o FIES, que disponibiliza linha de crédito em condições privilegiadas para o custeio de despesas de graduação.

Dentre os argumentos que se opõem às políticas de ação afirmativa, o mais consistente com o qual nos deparamos parece ser a crítica em relação ao mérito individual, que estaria sendo desprezado principalmente na implementação do sistema de cotas.

Também a esse argumento a doutrina já oferece respostas convincentes. Reportando-se à questão do acesso aos cursos de nível superior, Carvalho (2005, p. 184 / 185) sustenta que "[...] A idéia de mérito que circula no nosso meio é fruto de uma ideologia individualista, alienada da dimensão coletiva da produção de conhecimento. O mérito isola a parte do trabalho feita pelo indivíduo da colaboração que recebeu de inúmeras pessoas. Na realidade, quase nenhum trabalho é inteiramente individual; a maio-

ria das realizações científica ou artística dependeu de regimes desiguais de co-autoria. Há sempre os que apóiam, ensinam, contribuem, corrigem, defendem, substituem, de modo a tornar possível o mérito atribuído a posteriori à realização de um único indivíduo. Contudo, uma vez alcançado aquele objetivo, todo o apoio e co-autoria são silenciados imediatamente. O vestibular mede a pontuação final alcançada pelos candidatos, mas não mede a quantidade de apoio e estímulo que cada um recebeu [...]".

As políticas de ação afirmativa têm sido cada vez mais utilizadas. São aplicadas já em grande parte do mundo. Essa expansão só é possível pela grande capacidade de convencimento dos argumentos colocados em sua defesa.

Não esqueçamos, porém, que, temendo a perda dos privilégios e do *status quo*, a parcela dominante ainda se debate na busca de teses que lhe permitam continuar no controle. Na falta de novas idéias, continua apegada às velhas teses racistas e aos antigos princípios do Estado Liberal.

Em nota de rodapé constante da página 47 de seu trabalho, Vieira Júnior (2005) informa que, em 1994, nos Estados Unidos da América, os autores Hernstein e Murray lançaram o livro *The Bell Curve*, no qual "sustentam que as ações afirmativas nos EUA são um desperdício de recursos públicos tendo em vista que o QI dos estudantes negros é inferior ao dos brancos por imposição genética".

10. Conclusão

O ativismo do Estado inaugurado com o advento das Constituições Sociais, embora voltado para as políticas universalistas, já constituiu novidade longamente resistida. Então, não era mesmo de se esperar que logo encontrassem apoio as reivindicações mais recentes, que, formuladas a partir de uma concepção pluralista de nação, visam a concretizar os ideais da igualdade de oportunidades e do direito à diferença.

Quando se luta pelo direito à diferença, luta-se pela igualdade e pela não discriminação. Sabemos que até há pouco vigoravam doutrinas pseudocientíficas que tinham por objetivo justificar a subjugação e a dominação sem as quais não teria sido possível a concentração de recursos e a monopolização dos poderes que caracterizam a hierarquia social.

Quando se viu demonstrada a farsa das ditas ciências legitimadoras da exploração de uns pelos outros, criaram-se fórmulas jurídicas exaltadoras da igualdade e da fraternidade que deveriam existir entre os homens.

A se julgar pelo quadro de desigualdades que permanece, as prescrições jurídicas substituíram com eficácia as doutrinas pseudocientíficas destinadas à espoliação.

As posições que na ilegítima classificação hierárquica de hoje ocupam os diferentes segmentos sociais não refletem a capacidade de realização de cada um, senão o resultado dos artifícios mediante os quais a parcela dominante conseguiu anular a capacidade de competição e até mesmo a identidade de determinados grupos. A vida em sociedade implica uma constante disputa por bens econômicos, que são, por natureza, escassos e, às vezes, acessíveis somente por meio da cooperação. Alijada da disputa, por não reunir as condições de competitividade que o processo histórico não lhe permitiu desenvolver, a parcela dominada, por conseqüência, vê-se excluída também politicamente.

Embora de forma desarticulada e contraditória, é ainda com esperança no modelo jurídico que as minorias apresentam suas propostas. O que se deseja é a substituição das fórmulas vazias que perenizam o *status quo*. O que se pretende é que, deixando de lado a percepção abstrata e universalista que faz da sociedade, o Estado passe a enxergar em sua concretude o indivíduo. Se o propósito do Estado Democrático é promover o desenvolvimento equânime de seus cidadãos, ele deve se colocar numa posição de

onde possa constatar as reais condições de cada segmento, adotando e estimulando as medidas aptas a resgatar as parcelas em desvantagem.

Para a parcela dominante o momento é de apreensão. Quando não pôde mais fundamentar seus interesses nas teorias racistas, substituiu-as pelas ordens jurídicas que diziam neutras, mas que, em sua aparência anódina, preservavam a situação que lhe era favorável.

Desiludidas, as minorias em desvantagem pleiteiam agora políticas públicas de caráter diferencialista, demandando, assim, uma revisão das normas universalistas pretensamente neutras que lhe são desfavoráveis.

Sem um novo discurso que a livre de suspeitas, a parcela dominante se apega ao velho princípio da igualdade perante a lei e tenta adiar a transformação que sabe inevitável.

Conscientes de que no mundo político as mudanças seguras somente ocorrem por via do convencimento, as minorias elaboram suas teses e buscam demonstrar as razões pelas quais acreditam fazer jus a um tratamento diferenciado.

O que se percebe é que, optando por uma ou por outra forma de justificação, grande parte dos envolvidos com o tema ações afirmativas já defendem sua legitimidade e conveniência. A polêmica se intensifica é no momento de definição dos critérios em relação aos quais devam ser formuladas.

Tendo como grande objetivo propiciar às minorias a igualdade de oportunidades, viabilizando para que alcancem níveis satisfatórios de gozo e fruição dos direitos fundamentais, as políticas de ação afirmativa só se realizam quando o Estado reconhece a fragilidade de determinado segmento social e, considerando suas características peculiares, promove uma discriminação positiva, viabilizando para que usufrua de direitos aos quais já têm acesso os demais.

Constituindo políticas de caráter diferencialista, as ações afirmativas surgem como uma forma de discriminação positiva e, para colocá-las em prática, o agente, seja ele público ou privado, deve atender a procedimentos minuciosos de verificação de sua oportunidade e legitimidade.

Conforme já vimos, no Estado moderno o princípio da igualdade formal deve ser aplicado aos iguais, constituindo uma cláusula de segurança a lembrar que toda igualação tem que ser minuciosamente justificada. Só é aceita a discriminação que vise a igualação de oportunidades, a discriminação benigna. Rejeita-se a discriminação que possa trazer a desigualação.

Ressalte-se que num sistema bem menos explícito que o nosso, que é o ordenamento norte-americano, A Suprema Corte de Justiça, na apreciação do caso Bakke vs. Universidade da Califórnia, assegurou que qualquer plano de ação afirmativa pode ser compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido, devendo essa compatibilidade ser verificada por meio de padrões rigorosos, semelhantes aos que já nos reportamos.

Em relação a determinados segmentos minoritários, a legislação é clara em admitir e, às vezes, até em ordenar a implementação de atos que lhes tragam certos benefícios. Visando favorecer a situação de mulheres, idosos, deficientes e índios, por exemplo, já contamos com variados atos.

Nossa Constituição não prevê expressamente a possibilidade de ações afirmativas baseadas no critério cor. Dada a existência de grande contingente no país de membros da raça negra, contesta-se com muito mais veemência as propostas que tendam a beneficiá-la. Apesar de já quase vencido o mito da democracia racial[7] e de já haver um razoável nível de consciência acerca da história da raça negra, por vários séculos escravizada, injustiçada e anulada em seu poder pessoal de arbítrio, insiste-se em negar-lhe o reconhecimento de que necessita para sua completa integração. Será a voz da conveniência? O que parece preocupar não é tanto o custo financeiro a pagar por essas políticas

de inclusão, mas o velho medo da perda do poder, aquele mesmo que deu origem às teorias racistas destinadas a sustentar a dominação.

Se a preocupação é com a preservação de direitos legítimos, devemos ter em mente que se os direitos fundamentais a todos garantidos pelo Estado são a igualdade e a liberdade, bem como os decorrentes de seus desdobramentos, então o problema da legitimidade das ações afirmativas está em como demonstrar que o ativismo do Estado em favor das minorias discriminadas não prejudica direito fundamental de quem quer que seja. A disponibilização a todos dos direitos fundamentais constitui garantia mínima imposta pelo mandamento supraconstitucional da dignidade humana.

Uma só preocupação é em relação ao período máximo que deve durar cada medida de ação afirmativa, pois, se em vigor além do prazo necessário, pode apresentar, como único efeito, a inversão do pólo onde se assentam as diferenças que ameaçam o equilíbrio social. Os benefícios a serem concedidos por meios de políticas de ação afirmativa não podem ir além da efetivação dos direitos necessários à plena capacidade de competir. Em certos casos, como nas hipóteses em que se faz necessária a criação de modelos nos quais se inspirem os demais membros de determinados grupos vulneráveis, tolera-se a concessão direta de bens da vida. Como regra, entretanto, não nos parece possível uma sociedade onde todos os bens produzidos sejam repartidos equanimemente. Num mundo onde as pessoas ainda estão completamente dependentes dos bens materiais, o progresso econômico termina sendo a razão de fundo para a própria existência e, conseqüentemente, a base para todas as formas de desenvolvimento. Temos que admitir que o desenvolvimento econômico exige uma certa concentração de rendas. Se, por exemplo, dividíssimos o produto interno bruto de uma sociedade entre a totalidade de seus membros, provavelmente todos teriam o mínimo necessário à sobrevivência. Entretanto, certamente ninguém poderia ter acesso a bens de consumo mais sofisticados, ficando inviabilizadas as espécies mais significativas de indústria.

No atual momento histórico, quando a globalização já transformou o sistema político-econômico em via de mão única, notadamente marcado pela competição, aumenta a dificuldade em aceitar-se as medidas de ação afirmativa. Por desinformação ou por conveniência, muitos têm tentado confundir políticas de ação afirmativa com esmolas ou puro assistencialismo. No entanto, a opção pelo progresso, consciente de que este demanda certa concentração de rendas, recomenda que aos menos aquinhoados seja garantido um mínimo que viabilize sua digna participação no processo social. A garantia de direitos básicos como alimentação, habitação, saúde e educação constitui medida destinada a viabilizar a igualação de oportunidades e não o favorecimento. Igualando as oportunidades alcançaremos níveis semelhantes de competitividade, o que tornará real a expectativa de revezamento nos postos de comando e propiciará um futuro mais seguro e harmônico para a Nação. A inclusão equivale a um somatório de forças, a um sistema de cooperação que certamente tornará mais célere o progresso.

Destinados à prevenção de possíveis injustiças nos atos de efetivação das políticas de ação afirmativa, um volumoso aparato jurídico e doutrinário já se encontra disponível.

Então, não tenhamos medo de fazer justiça.

Notas

[1] Aquelas pelas quais, visando a implementação de direitos sociais ou a promoção da igualdade de oportunidades, o Estado leva em conta as peculiaridades e o pertencimento dos beneficiários, especialmente no momento em que contrata, regula as contratações ou disciplina o acesso aos estabelecimentos de educação.

[2] A função social que se exige seja cumprida pela propriedade inviabiliza a utilização deste di-

reito de forma exclusivamente individual, impedindo a busca do lucro pelo lucro. Os interesses do proprietário devem ser compatibilizados com os interesses da sociedade.

[3] É bom lembrar que, à mesma época, ocorria a revolução socialista soviética, cujos princípios também se difundiram para boa parte do mundo. O socialismo não foi considerado um avanço no constitucionalismo porque, apesar de ter consagrado amplos direitos sociais, extinguia a propriedade privada e deixava nas mãos do Estado toda a atividade econômica, o que terminava por aniquilar direitos de liberdade cuja conquista levara séculos.

[4] Aquelas pelas quais, embora visando a implementação de direitos sociais ou a promoção da igualdade de oportunidades, o Estado não leva em conta as peculiaridades ou pertencimento dos beneficiários. Em geral considera o fator econômico, a variável renda.

[5] De qualquer forma, acreditamos que uma conclusão acerca da viabilidade das políticas de ação afirmativa não pode ser extraída unicamente com base nos resultados até agora conhecidos, haja vista que inúmeras e talvez ainda inimagináveis são as maneiras pelas quais podem ser implementadas. O histórico parece ser positivo, mas, acaso não fosse, a razão poderia estar indicando erro na medida escolhida ou na forma de levá-la a efeito, e não necessariamente a inconveniência do modelo.

[6] No contexto, a justiça social pode ser entendida como uma situação na qual todos os membros de uma determinada sociedade têm o efetivo gozo e fruição dos direitos considerados fundamentais.

[7] O entendimento de que no Brasil não há preconceito nem discriminação racial.

Referências

Bandeira de Mello, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª Edição, 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

Buarque de Holanda, Aurélio. Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI – Versão 3.0 – Novembro de 1999.

Carvalho, José Jorge de. Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior – São Paulo: Attar, 2005.

Constituição de 1988: Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 52/2006 e Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006. 408 p.

Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

d'Adesky, Jacques, Pluralismo étnico e multi-culturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil, Rio de Janeiro: Pallas, 2001. 248 p.

Gomes, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA), Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Lobato, Fátima; Santos, Renato Emerson. Ações Afirmativas: políticas públicas contras as desigualdades raciais. - Rio de Janeiro: DP&A, 2003. 216 p.

Munanga, Kabengele. Palestra proferida no 3º Seminário Nacional Relações Raciais e Educação–PENESB-RJ, 05/11/03. Disponível na http://www.acaoeducativa.org.br/downloads/09abordagem.pdf

Sant'Ana, Antônio Olímpio de. Alfabetização e Diversidade. Artigo publicado no livro Superando o Racismo na Escola. 2ª edição – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. 204 p. – Artigo: História e Conceitos Básicos sobre o Racismo e seus Derivados.

Silva, Ana Emília Andrade Albuquerque da - Discriminação Racial no Trabalho. São Paulo: LTr 2005.

Silva, Sidney Pessoa Madruga da. Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

Vieira Júnior, Ronaldo Jorge Araújo. Responsabilização Objetiva do Estado. Curitiba: Juruá, 2005. 248 p.

Vilas-Bôas, Renata Malta. Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.