

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CLEIDE CALGARO

MÁRCIA RODRIGUES BERTOLDI

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Cleide Calgario; Márcia Rodrigues Bertoldi; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-583-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II foi realizado durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido de 13 a 16 de julho de 2018 na Universidade Federal da Bahia, em Salvador/BA, reunindo pós-graduandos e professores de diversas instituições do Brasil, os quais apresentaram e submeteram à análise de seus pares trabalhos com temáticas voltadas ao Direito Público, com ênfase em Constituição, Democracia e Direitos humanos.

Especificamente, os trabalhos apresentados abordaram federalismo e direito à saúde; demandas sócio-políticas por reconhecimento dos direitos dos LGBTI; amparo constitucional do idoso; o instituto do referendo em perspectiva comparada; controle de constitucionalidade dos atos normativos frente à lei orgânica municipal; proteção ambiental; o novo constitucionalismo latino-americano; isenções tributárias; liberdade de informação jornalística; democracia e direitos humanos; o papel do STF e da democracia; ativismo judicial e democracia participativa, para citar alguns.

Todas as discussões travadas voltaram-se a uma profunda reflexão sobre o atual estágio de desenvolvimento do estado democrático de direito no Brasil, propondo sugestões para a garantia mais efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Em sendo assim, entendemos como importante a leitura dos trabalhos apresentados e agora disponibilizados em formato digital, na medida em que se constitui em mais uma ferramenta para compreender e avançar no nosso atual estágio democrático.

Profa. Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi – UFPEL

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Cleide Calgaro – UCS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PERSPECTIVAS LIBERALISTAS E AÇÃO AFIRMATIVA: TEORIA CRÍTICA DO DIREITO À IGUALDADE

LIBERALIST PERSPECTIVES AND AFFIRMATIVE ACTION: CRITICAL THEORY OF THE RIGHT TO EQUALITY

Alvaro dos Santos Maciel ¹
Diogo Oliveira Muniz Caldas ²

Resumo

A evolução dos povos sempre foi permeada por celeumas relacionados à concretização da igualdade. O objetivo é propor uma análise acerca da evolução do princípio da igualdade para bem entender os seus desdobramentos por meio das ações afirmativas na perspectiva de John Rawls e Ronald Dworkin. Trata-se de um tema atual, haja vista as políticas públicas que tentam pensar e realizar a igualdade num contexto de distintas concepções de bem. São apresentadas algumas leis sobre o tema e conclui-se que, se a política afirmativa atende as reais necessidades dos atores sociais mais vulneráveis, o princípio da igualdade será respeitado.

Palavras-chave: Princípio da igualdade, Ação afirmativa, Teoria crítica constitucional, John Rawls, Ronald Dworkin

Abstract/Resumen/Résumé

The evolution of the people has always been permeated by controversy related to the achievement of equality. The aim is to propose an analysis of the evolution of the principle of equality and to understand its consequences through affirmative action from the perspective of John Rawls and Ronald Dworkin. This is a current topic, given the public policies that try to favor social minorities. It presents some laws that deal with the subject and concluded that if the affirmative policy meets the real needs of the most vulnerable social actors, the principle of equality is respected.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of equality, Affirmative action, Constitutional critical theory, John Rawls, Ronald Dworkin

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF, 2017), Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP, 2010), Advogado, pesquisador e docente.

² Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (2016), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2010). Advogado, pesquisador e docente.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que produzir uma crítica ainda se trata de um fator complexo haja vista a tarefa de definir o que é crítica e que postura um crítico deve manter em relação ao objeto a ser criticado. Para Gil (2010, p. 37), um estudo elaborado encontra dificuldades na formulação de críticas científicas. Pois identificar o problema com eficiência é uma capacidade que revela a genialidade científica.

Na presente pesquisa, sem pretensão de esgotar o estudo, porém com intenção de colaborar com o aprimoramento crítico, se faz necessária a resolução do problema que pode ser assim explicitado:

A Constituição Federal garante o direito à igualdade e como forma de concretizar a justiça e proteger a dignidade humana dos indivíduos. Entretanto, de que forma se coadunam as políticas no liberalismo com a proteção dos indivíduos desprovidos de igualdade de oportunidades? Que direito a igualdade têm os cidadãos de usar as ações afirmativas como forma de sobrepor-se a programas voltados para importantes políticas econômicas e sociais, inclusive a política social que consiste em melhorar a igualdade em termos gerais?

A justificativa do presente estudo consiste em demonstrar que a ação afirmativa é uma medida baseada numa ideia de justiça social, transversal e essencialmente multicultural. Trata-se de um tema atual, haja vista as políticas públicas que tentam pensar e realizar a igualdade num contexto de distintas concepções de bem, portanto, de justiça.

O objetivo da pesquisa é, por conseguinte, investigar, fazendo, em muitos momentos, apelo à intuição em referências do Direito e da Filosofia, a íntima ligação entre os princípios igualdade e liberdade como mecanismos de produção de justiça. A partir dessa investigação, demonstrar que a igualdade está na base de qualquer concepção de justiça e é o princípio utilizado tanto nos argumentos favoráveis como contrários às ações afirmativas, tidas como importantes instrumentos jurídicos para a promoção de mecanismos de inclusão social e construção da cidadania. A partir disso, apresentar os contributos realizados pelos teóricos John Rawls e Ronald Dworkin a fim de tornar mais clara a posição liberal igualitária.

A evolução histórica da igualdade e da liberdade demonstram a importância das ferramentas como as ações afirmativas na tentativa de promover a igualdade de oportunidades e se aproximar dos conceitos ideais de justiça. Afinal, a promoção da justiça depende do estabelecimento de uma igualdade formal entre os homens, mas também da busca de algum tipo de igualdade material.

1. ALGUNS PONTOS MARCANTES PARA A CONSTRUÇÃO DOS IDEÁRIOS DE IGUALDADE E LIBERDADE

Do século XV até o XVIII vigorou em grande parte dos países ocidentais o chamado Estado Absoluto. Os autores contratualistas sempre identificaram a necessidade de um Estado forte e autoritário para lidar com a natureza do próprio homem e do convívio em sociedade. Maquiavel (2007, p. 137), em sua obra “O Príncipe”, de 1512, aconselhava ao soberano que fizesse o que fosse necessário para se manter no poder, seja pelo uso das leis, seja pelo uso da força, porquanto “o primeiro é próprio do homem, o segundo dos animais. Não sendo, porém, muitas vezes suficiente o primeiro, convinha recorrer ao segundo. Por conseguinte, a um príncipe era importante saber comportar-se como homem e como animal”. Ademais, apregoava que, se necessário, deveria liderar a arte da guerra com todas as regras e estratégias que ela demanda (p. 110, 123 et seq).

Hobbes (2003, p. 78) em sua obra “O Leviatã”, de 1651, constata a necessidade de uma autoridade que detivesse a força e o poder (Estado personificado na figura do soberano – o Leviatã) capaz de organizar a sociedade para o alcance da paz, pois, do contrário, haveria uma constante disputa entre os homens. A figura mística do Leviatã detinha a incumbência de legislar, contudo, não se submetia às leis e prestava contas apenas a Deus, cuja vontade representava e único ser capaz de detê-lo.

Neste diapasão, as reflexões destes pensadores são no sentido de que o Estado personificado no soberano tem que ser forte e imbatível na busca de seus interesses em violação frontal aos direitos de qualquer indivíduo que eventualmente pleiteasse.

Em sentido contrário, John Locke (2003, p. 76), em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, de 1690, defendia que o indivíduo deveria ser respeitado em sua individualidade, em sua vontade ou mesmo em sua propriedade:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela.

Nesta mesma linha de raciocínio, o príncipe deveria se submeter às leis previamente aprovadas pela sociedade, deflagrando, portanto, a gênese da base teórica do Estado Democrático do Direito.

Pertence a Locke o esboço inicial do princípio da separação dos Poderes, já que, para ele, o poder de legislar e o poder de governar não deveriam pertencer à mesma pessoa.

Entretanto, a efetiva teoria da tripartição do Poder pertence a Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu) (1997, p. 200), que propõe um sistema de freios e contra pesos (*checks and balances*) – essencial para evitar o abuso do poder e, conseqüentemente, para proteger os indivíduos do arbítrio estatal.

Pelo exposto, os direitos fundamentais surgem como normas limitadoras do poder estatal justamente como reação ao Estado absoluto, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobbesiano, pois pressupõem um Estado juridicamente limitado e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum (MARMELSTEIN, 2008, p. 36).

2. UM APROFUNDAMENTO ACERCA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O avanço histórico da isonomia divide-se em três etapas: na primeira delas a regra era a desigualdade; na segunda, existia a ideia de que todos eram iguais perante a lei e assim deveria ser aplicada indistintamente aos membros de uma mesma camada social; na terceira etapa, lei deveria ser aplicada respeitando-se as desigualdades dos desiguais ou de forma igual aos iguais (ROCHA, 1990, p. 32).

O primeiro momento pode ser detalhado como o período em que a sociedade, adotava a desigualdade em vias legais e, deste modo, propiciava mais privilégios a quem mais detivesse poder e riqueza e, aos indivíduos de classes inferiores restavam os resultados caóticos do desequilíbrio.

(...) a sociedade cunhou-se ao influxo de desigualdades artificiais, fundadas, especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleceram, então, as timocracias, os regimes despóticos, asseguraram-se os privilégios e sedimentaram-se as diferenças, especificadas em leis. As relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades (Ibid. p. 35).

Os privilégios dos poderosos eram aceitos normalmente e a existência da escravidão não era contestada, ao contrário, era “absorvida” pelo silêncio imposto aos escravizados. Assim, a sociedade, por padrões culturais, não se preocupava em igualar os “iguais” e “desiguais”.

Apesar do pensamento de Aristóteles que permeava os discursos desde aquela época – “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, não houve concretização nos povos antigos para deflagração do processo de igualdade, uma vez

que a igualdade não era absoluta. Pode-se citar como exceção “a Lei das XII das Tábuas, pela qual consagra a igualdade entre patrícios e plebeus, o Edito Perpétuo que estende a igualdade às populações de outras etnias e o *Edito de Caracalla ou Constitutio Antoniana*, que concede direito de cidadania a todos os habitantes do império.” (Ibid., p. 30).

A desigualdade atinge o seu ápice no período da Idade Média, haja vista que a sociedade cada vez mais cristalizava as diferenças, além de que, o pensamento filosófico também as legitimava. Este é o intervalo histórico no qual os grupos sociais eram formados pelos suseranos e vassallos.

Neste sentido, ressalta Vicentino (1997, p. 109):

(...) a sociedade feudal era composta por dois estamentos, ou seja, dois grupos sociais com *status* fixo: os senhores feudais e os servos. Os servos eram constituídos pela maior parte da população camponesa, vivendo como os antigos colonos romanos – presos à terra e sofrendo intensa exploração. Eram obrigados a prestar serviços ao senhor e a pagar-lhe diversos tributos em troca de permissão de uso da terra e proteção militar.

Em um segundo momento histórico há transformações sociais que deflagram a gênese do Estado moderno. Surge a moeda, o comércio, por isso o sistema feudal entra em declínio, e, no mesmo compasso, há o aparecimento das cidades, e a burguesia surge como a nova classe social, que por sua vez, acumula riquezas com o comércio de mercadorias. Logo sobrevém a Revolução Industrial, e os burgueses, enriquecidos culturalmente, reivindicam, ainda que de uma forma conveniente à classe, tratamento igualitário a todos:

(...) a sociedade estatal ressentia-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei (Rocha, 1990, p. 35).

Todavia, há a formação de uma igualdade formal que não contempla as necessidades reais de equalização.

(...) quando surge a sociedade de classes, canonizando juridicamente o princípio liberal da igualdade de todos os cidadãos, este, contudo não logra nem pretende a anulação completa das desigualdades. Apenas não a contempla, firmando assim uma igualdade formal que se limita a desconhecer as desigualdades reais. (MACHADO NETO, 1987, p. 55).

Neste escólio, cabe também destacar os apontamentos de Silva (2001, p. 214).

(...) a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

Chevallier (1998, p.162-195) ao abordar os ensinamentos de Rousseau expõe que os homens eram iguais posto que pertenciam ao gênero humano diferenciando-se apenas pelas condições físicas e psíquicas de cada um, sendo que outros tipos de diferenças deveriam ser rejeitadas pela sociedade.

(...) o ideal de igualdade entre os homens guarda uma relação mais íntima com as idéias propugnadas por John Locke, especialmente na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, quando ele revela uma preocupação com a liberdade e os direitos naturais e individuais dos seres humanos, e sustenta que a ordem social não devia assentar-se em grupos, entidades ou aglomerações, mas em indivíduos autônomos e independentes, que são os verdadeiros responsáveis pelos próprios destinos e os únicos capazes de buscar a felicidade. (MENEZES, 2001, p. 16)

Chevallier (Op.cit., p. 108) ao exprimir o pensamento de Locke ainda esclarece:

(...) o estado de natureza é um estado de perfeita liberdade e também um estado de igualdade [...] a razão natural ensina a todos os homens, se quiserem consultá-la, sendo todos iguais e independentes, nenhum deve prejudicar o outro (...).

A França e as colônias inglesas, no final do século XVIII, foram influenciadas pelos ideários de igualdade. Deste modo, houve a difusão das idéias e diversas Constituições normatizaram o princípio da isonomia.

Destarte, a Constituição de Virgínia de 12 de junho de 1776 elencou topograficamente em seu art. 1º que "todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes".

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art.1º cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Tal reflexo tornou-se a base do Estado moderno exercendo influência sobre todas as constituições posteriores.

Ocorre, no entanto, que estes desdobramentos do princípio da igualdade, que levou a erigi-lo como norma constitucional, não foram o suficiente para garantir que as necessárias mutações que se sucedem na evolução da história dos povos fossem exteriorizadas de modo igualitário, uma vez que o Estado liberal se pôs alheio a intervenções e designou aos operadores do Direito a tarefa de tentativa de efetivação da isonomia. Não obstante, ainda que

de forma lenta e gradativa, tendo por base a realidade de cada grupo social, em cada época, o princípio da isonomia começa a ter desdobramentos cada vez mais significativos e concretos.

A história mundial demonstra a tentativa de abstenção estatal, porém, o Estado Negativo não ensejou à igualdade entre os cidadãos, até porque não houve correção da própria História. Diante disso, compreendeu-se que não bastava o texto formal da Constituição ao estabelecer a igualdade entre todos perante a lei, proibindo tratamentos diferenciados, mas sim, verificou-se a necessidade de que a Constituição obrigasse o Estado a discriminar (positivamente) as pessoas de tal forma que implicasse na promoção de uma igualdade eficaz.

Deste modo, ocorreu o fim do Estado Liberal e nasceu o Estado do Bem-estar Social, que foi inaugurado expressamente em 1917 com a Constituição do México, e em 1919, com Lei Fundamental de Weimar. Este novo modelo, por sua vez, procurou reduzir as desigualdades ocorrentes na sociedade.

O constitucionalismo, com relação ao princípio da igualdade, não deve estar limitado à igualdade perante a lei. Se antes, com o Estado Liberal, não se vislumbrava como realizar a igualdade, a norma agora, com o Estado Assistencialista, desigualava os desiguais para atingir a igualdade implicando em dinamicidade e flexibilidade ao princípio da isonomia.

Em 10 de dezembro de 1948 é promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que difunde seus preceitos a inúmeras nações. Dentre eles, destaca-se a igualdade e a inserção no trabalho sem qualquer forma de discriminação.¹

A igualdade entre as camadas sociais, perante a lei, é conhecida na doutrina como igualdade formal. Vê-se que a igualdade está vinculada ao princípio da dignidade humana. Porém, a denominada isonomia formal caracterizou-se por sua ineficácia.

Neste diapasão Rocha (1998, p. 36) ensina:

(...) esta interpretação da expressão *iguais perante a lei* propiciou situações observadas até há muito pouco tempo em que a igualdade jurídica convivía com a separação dos desiguais, vale dizer, havia tratamento igual para os iguais dentro de uma estrutura na qual se separavam os desiguais, inclusive territorial e socialmente. É o que se verificava nos Estados Unidos em que a igualdade não era considerada desrespeitada, até o advento do caso *Broen versus Board of Education*. Até o julgamento deste caso pela Suprema Corte norte-americana, entendia-se nos Estados Unidos da América que os negros não estavam sendo comprometidos em

¹ É o que se pode extrair da leitura dos seguintes dispositivos: Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação; Art. 22 - Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país; Art. 23, inciso I - Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; inciso II - Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

seu direito ao tratamento jurídico igual se, mantidos em escolas de negros, fossem ali tratados igualmente.

Segundo Menezes (2001, p. 24), o Estado então passa a ser instituição com legitimidade para a promoção de mecanismos que efetivem a justiça:

(...) o ponto comum dessas tendências foi o de abstrair o conteúdo negativo do princípio da igualdade. O Estado, a partir de então, passa a ser reconhecido como a instituição, legítima e adequada, para nivelar as desigualdades sociais.

Com isso, surge a chamada discriminação positiva ou reversa, visando à supressão de desvantagens impostas às pessoas estigmatizadas.

Por conseguinte, não basta a lei declarar apenas que todos são iguais no campo meramente formal, deve também propiciar instrumentos e mecanismos eficazes para a construção da igualdade material. "A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei". (ROCHA, 1998, p. 36)

As constituições brasileiras, desde sua primeira formação, baseando-se na afirmação da Declaração dos Direitos do Homem, cuidaram de dar guarida ao princípio da isonomia enunciando tão somente a acepção formal da igualdade.²

A Constituição promulgada em 1988 inovou em inúmeros dispositivos, desde o seu preâmbulo elegeu a igualdade formal e material como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, obrigando o Estado a discriminar as pessoas de tal forma que implicasse na promoção de uma igualdade eficaz.³

Em verdade, a noção de igualdade permeia todo o texto constitucional, quer igualando ou desigualando para garantir, a todos, a igualdade de oportunidades.

Neste ínterim, Canotilho (1995, p. 306) aborda:

(...) a obtenção da igualdade substancial, pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um

² Na Carta de 1824, o princípio da igualdade coexistia com a legitimação da escravatura. Na Constituição de 1891, os privilégios de classes superiores foram extintos ou vedados, todavia na prática, por imposição dos interessados, foram mantidos. Na Constituição de 1934 mantém-se a igualdade perante a lei. A Constituição de 1937 proibiu a diferenciação nos rendimentos com base no sexo, nacionalidade ou idade. Por sua vez, a Constituição de 1946 proibiu a propaganda de preconceitos de raça ou classe. Na Constituição de 1964 o Brasil tornou-se signatário da Convenção nº. 111 da Organização Internacional do Trabalho, a qual definiu a discriminação como "toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão". Na Carta Política de 1967, houve a punição do preconceito de raça. Na Constituição de 1969 há a proclamação de que não seria tolerada a discriminação.

³ Pode-se verificar pelo estabelecido nos dispositivos seguintes: art. 3º; art. 5º, I, XXXII, LXXIV; art. 7º, XXX e XXXI; art. 170, VII; art. 193; art. 196; art. 205 dentre outros.

simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações.

Com o desenvolvimento dos conceitos e das exigências da sociedade, surge a demanda de uma igualdade efetiva/real que vise à abolição das desigualdades pela adoção de políticas sociais positivas. Estas recebem o nome de ação afirmativa (nomenclatura do Direito Americano) ou discriminação positiva/reversa (Direito Europeu).

Vê-se que a sociedade moderna não vive mais um conceito passivo de igualdade e sim se vincula a uma realidade de igualdade ativa. Há de se entender, no entanto, que o legislador, sob pena de criar uma norma inconstitucional, ao elaborar não pode criar situações que discriminem cidadãos sem motivo. Assim, leciona Mello (2002, p. 47):

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura indeterminada;

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator tempo – que não descansa no objeto – como critério diferencial;

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses protegidos constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Mais uma vez, em comparação à outrora, nota-se a dinamicidade e flexibilidade do atual princípio da igualdade, que focaliza a consecução do equilíbrio entre os cidadãos e o benefício de toda a coletividade.

3. UMA ANÁLISE SOBRE A AÇÃO AFIRMATIVA

Há uma expansão global de políticas que visam o combate das desigualdades como um todo. Nota-se a crescente preocupação em adotar medidas eficazes com o intuito de promover a igualdade material.

Sabe-se que o Direito a princípio ignora, e, em seguida proíbe a discriminação com a finalidade de operacionalizar medidas que supram desvantagens históricas. Por isso passa a discriminar positivamente.

É neste terceiro momento que surgem as ações afirmativas ou a discriminação positiva como também é conhecida. Há, neste íterim, a conscientização de que a igualdade real transcende a mera igualdade formal.

Este referido instrumento representa a idéia de um Estado promovente e atuante, mas sem conotação de autoritarismo. Justifica-se a interferência do Estado como forma de concretizar a paz social e o desenvolvimento econômico do país que são, inegavelmente, obstados quando a discriminação marginaliza um ou mais grupos do processo produtivo. Atualmente, o que se pode constatar é que Estado Democrático de Direito e a proteção contra práticas discriminatórias são conceitos indissociáveis. (LOPES, 2005, p. 83/92).

Os primeiros reflexos das ações afirmativas se deram nos Estados Unidos, onde este instrumento foi implantado pelo presidente John F. Kennedy, em janeiro de 1961, como uma das medidas eficazes de combate ao preconceito.⁴

Esta norma encampava cunho trabalhista, obrigando os empregadores a tratar isonomicamente todos os seus empregados, e os proibia de impor restrições com base em critérios de “cor, religião e nacionalidade” para a sua contratação.

(...) o contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido à raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará a ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor, ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento; dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado (MENEZES, 2001, p. 88).

Para muitos doutrinadores, as ações afirmativas são consideradas uma evolução do próprio modelo repressor, eis que contém um comando no sentido de proibir a discriminação e outro no sentido de minorar os efeitos gerados por esta discriminação (MENEZES, 2001, p. 88).

Sob a ótica de Menezes (2001, p. 28), ação afirmativa é um mecanismo de inclusão das minorias em postos mais elevados para que estes também usufruam das benesses sociais.

⁴ O termo ação afirmativa chega ao Brasil carregado de uma diversidade de sentidos, o que em grande parte reflete os debates e experiências históricas dos países em que foram desenvolvidas. Nos anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira centra era a extensão da igualdade de oportunidades a todos. No período, começam a ser eliminadas as leis segregacionistas vigentes no país e o movimento negro surge como uma das principais forças atuantes, com lideranças de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos, unidos numa ampla defesa de direitos. Nesse contexto que se desenvolve a idéia de uma ação afirmativa, exigindo que o Estado, para além de garantir leis anti-segregacionistas, viesse também a assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra. Os Estados Unidos completam quase quarenta anos de experiências, o que oferece boa oportunidade para uma análise de longo prazo do desenvolvimento e impacto dessa política”. (MOEHLECKE, 2002, p. 17)

Uma visão sintética é apresentada por Kent Greenawalt: “ação afirmativa é uma expressão que se refere às tentativas de trazer membros de grupos sub-representados, normalmente grupos que sofrem discriminação, a um grau mais alto de participação em algum programa de benefício”.

Como se pode observar trata-se de medidas que visam a implantação e providências obrigatórias ou facultativas, oriundas de órgãos públicos ou privados, cuja finalidade é concretizar a inclusão de classes discriminadas, seja em decorrência de sua cor, religião, origem, gênero ou, mesmo, pessoas com deficiência.

Fonseca (2006, p. 185) com este mesmo fundamento explica:

As ações afirmativas (...) representam um corte de observação da realidade que incide na maioria desvalida, mas observa as peculiaridades das minorias que compõem, tendo-se em vista a insuficiência das ações genéricas em si mesmas.

Por sua vez, Rocha (1996, p. 85) estabelece o desafio de demonstrar a noção efetivamente válida no campo jurídico-doutrinário acerca das ações afirmativas:

A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou diminuição social a que se acham sujeitas as minorias (...). O conteúdo de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou uma nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa.

E continua ao explicitar sobre a legitimação do referido instrumento:

Segundo essa nova interpretação, (...) a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida (...), se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos (...).

Em síntese, a ação afirmativa pode ser definida como sendo um conjunto de políticas obrigatórias ou não que combatem à discriminação e almeja concretizar a participação das minorias no gozo dos direitos fundamentais.

Em tom uníssono leciona Gomes (2001, p. 40):

Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação (...), 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 (...). Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, provadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional, universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

A ação afirmativa é a ferramenta de restauração de um equilíbrio antes desfeito e cuja ruptura causou injustiças na distribuição das vantagens e benesses da sociedade (GOMES, 2001, p. 61). Ainda encampa em seu bojo o objetivo de eliminar efeitos psicológicos, culturais e comportamentais da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar; também tem como desafio a inclusão social de maior quantidade de membros dos grupos minoritários em setores econômicos, profissionais e educacionais públicos e privados. (GOMES, 2001, p. 47).

Dessa forma, as ações afirmativas têm relação, principalmente, com a redistribuição de ônus e benefícios, dos bens, entre os membros da sociedade. Sua finalidade, discriminar por meio de ações compensatórias que promovam a distribuição equânime dos bens, por si só mitigará os efeitos da discriminação outrora praticada e embasa a justiça distributiva, através da qual, os indivíduos ou os grupos reivindicam vantagens, bens ou benefícios aos quais teriam acesso se houvesse justiça social. (GOMES, 2001, p. 67).

Medeiros (2002, p. 22) formula uma metáfora que traduz o conceito, os objetivos e o alcance das ações afirmativas:

Imaginem dois corredores, um amarrado e o outro solto. É claro que o corredor solto ganha sempre. Mas um dia a platéia dessa competição imaginária chega à conclusão de que essa situação é injusta. À custa de muita pressão, consegue-se convencer os organizadores a cortar as cordas que prendiam um dos corredores. Só que ele continua perdendo. Motivo: seus músculos estão atrofiados pela falta de treinamento. Se tudo continuar como está, a tendência é de que ele perca sempre. Que fazer para promover a igualdade de condições entre os dois corredores? Alguns sugerem que se dê um treinamento especial ao corredor que estava amarrado. Pelo menos durante algum tempo. Outros defendem uma medida mais radical: por que não lhe dar uma vantagem de dez metros em cada corrida? Logo se ouvem vozes denunciando que isso seria discriminação. Mas há quem defenda: discriminação, sim, mas positiva porque visa promover a igualdade, pois tratar igualmente os desiguais é perpetuar a desigualdade. Essa história ilustra muito bem o conceito de “ação afirmativa” e o debate que o tema desperta na sociedade. Podemos dizer que os negros, as mulheres e outros grupos discriminados são como o corredor amarrado: por muito tempo estiveram presos pelas cordas do racismo e da discriminação, por vezes traduzidos até mesmo em leis. Não podem ganhar a corrida. Mesmo depois de “soltos”, continuam perdendo. Isso porque a discriminação, mesmo que ilegal, prossegue funcionando de forma disfarçada. (...) O objetivo da “ação afirmativa” é superar essas desvantagens e promover a igualdade entre os diferentes grupos que compõem uma sociedade. Isso pode ser feito de várias maneiras. Proporcionar bolsas de estudos e promover cursos de qualificação para

membros desses grupos é como dar um treinamento especial para o corredor que estava amarrado (...).

Vê-se, portanto, que a discriminação positiva é uma forma de efetivar o princípio da isonomia e materialmente igualar a diversidade como mecanismo de justiça.

3.1 ABORDAGEM NA PERSPECTIVA DO LIBERALISMO DE RAWLS E DWORKIN

É possível identificar em Rawls (2002) discursos que fomentam os estudos acerca da justiça distributiva e igualdade de oportunidades. O autor (2002, p. 03) afirma que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais como a verdade é o dos sistemas de pensamento”. Tal afirmativa inaugural demonstra sua convicção na aplicação da justiça como um sistema que prevalece a qualquer outro, e como consequência disso, é possível se afirmar que em uma sociedade justa, as leis e as instituições quando quedarem-se injustas precisam ser modificadas ou até mesmo revogadas.

Em continuação ao raciocínio, de acordo com Rawls (2002, p. 04), a sociedade é “uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas”.

Identifica-se, pois, que uma sociedade baseada na ideia de justiça detém uma característica essencial, tal qual o reconhecimento e aceitação dos mesmos princípios de justiça que deflagra o agir conforme os ditames por ela estabelecidos. “Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.” (RAWLS, 2002, p. 03).

O referido autor afirma existir algumas condições para a viabilidade de uma comunidade humana alicerçada em ditames justos. “A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se distribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade”. (RAWLS, 2002, p. 07).

Entende-se que as desigualdades sociais existentes desde a estrutura básica da sociedade são difusas e atingem as possibilidades de vida dos seres humanos. Assim, Rawls (2002, p. 64) esclarece que é a tais desigualdades que os princípios de justiça devem ser aplicados primeiramente:

Primeiro: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para outras.

Segundo: 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.

O primeiro princípio esclarece sobre o respeito à exigência da aplicação das liberdades fundamentais a todos os indivíduos, tais quais a liberdade política, liberdade de expressão e reunião, de consciência e pensamento, dentre outras.

Já o segundo, refere-se à justiça distributiva, que faz das desigualdades um conjunto contido nas igualdades, pois, em caso de existência daquelas, serão inseridas na esfera maior das igualdades, sendo, por conseguinte, aceitáveis. Rawls afirma que o grupo acaba por aceitar as desigualdades por uma condição natural de ser humano, na medida em que cada um deseja ocupar uma posição melhor que o seu semelhante.

Sendo um liberal, Rawls coloca a liberdade como um princípio a ser alcançado em primeiro plano, mas enfatiza também o que denomina ‘princípio da diferença’. Nele, segundo Rawls, as desigualdades sociais e econômicas devem ser de tal modo que ao mesmo tempo se mostrem razoavelmente vantajosas para todos e vinculem-se a empregos e cargos acessíveis a todos. Para o autor, só se tolera a desigualdade para beneficiar a parcela econômica e socialmente menos beneficiada. A liberdade só poderia ser limitada para obtenção de maiores vantagens sociais e econômicas, salvo no caso de entrar em conflito com outras liberdades básicas (GARGARELLA, 2008, p. 42).

As posições favoráveis à adoção das ações afirmativas (cotas raciais) se dividem na concepção de justiça compensatória (adotada por parte da doutrina brasileira⁵) e na concepção da justiça distributiva (adotada por Rawls e Dworkin). As posições contrárias afirmam que seriam ilegal e inconstitucional o tratamento discricionário em desfavor de certas pessoas que não integram o grupo beneficiado.

Dworkin (2005, p. 439) sustenta que a sociedade norte-americana é uma sociedade racionalmente consciente que resulta na história de escravidão, repressão e preconceito, razão pela qual os programas de ação afirmativa utilizam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato seria aumentar o número de membros de certas raças em profissões, sendo

⁵ Alguns autores entendem que pelo fato do Brasil ter usufruído do trabalho escravo, propiciando a existência de uma cultura discriminatória contra o negro, a supressão dos direitos dos negros deveria ser compensada por meio de mecanismos que promovessem o crescimento da cidadania dos negros. Dessa forma, a adoção de preferência com o fim de favorecer grupos sociais marginalizados teria o escopo de compensar a injustiça cometida no passado.

que seu objetivo mediato seria reduzir o grau em que a sociedade norte-americana é racialmente consciente.

Ademais, entende que a justiça racial é uma necessidade, sendo que inexistente direito individual de impedir a viabilização de medidas que visem assegurar tal justiça. Ao analisar o Caso de DeFunis⁶, Dworkin (2002, p. 349) defende que tal análise propicia o reconhecimento da distinção existente entre a igualdade como política e a igualdade como direito. A fim de analisar tal questão o autor faz a seguinte indagação: *que direito a igualdade têm os cidadãos enquanto indivíduos que podem sobrepor-se a programas voltados para importantes políticas econômicas e sociais, inclusive a política social que consiste em melhorar a igualdade em termos gerais?*

Para responder esta pergunta, Dworkin (2002, p. 349 *et seq.*) apresenta a sua concepção de direito a igual tratamento e a concepção de direito ao tratamento como igual:

O primeiro é o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Todo cidadão, por exemplo, tem direito a um voto igual, em uma democracia; este é o cerne da decisão da Suprema Corte de que uma pessoa deve ter um voto, mesmo se um arranjo diferente e mais complexo assegurar melhor o bem-estar coletivo. O segundo é o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa.

Noutras palavras, para o referido autor (2002, p. 350), o direito ao tratamento como igual é fundamental, sendo que o direito ao igual tratamento seria derivado, sendo que, nem sempre o direito ao tratamento como igual implicará em adoção de um direito a igual tratamento.

Dworkin (2005, p. 461) afirma que há diferenças entre programas de ação afirmativa por cotas (reserva de vagas para a minoria) e planos mais flexíveis que fazem da raça apenas um fator na composição das vagas, porém, tais diferenças seriam apenas administrativas e simbólicas. De fato, Dworkin ressalta que um programa flexível provavelmente será mais eficiente, uma vez que permitirá o acesso maior das minorias quanto ao total de candidatos for maior. Contudo, a diferença existente entre tais programas não respalda qualquer distinção constitucional, salvo se ficar constatado que um programa de cotas viole direitos constitucionais de uma forma que não ocorra com os sistemas flexíveis.

⁶ Dworkin apresenta um fato que ocorreu em 1945 com um negro chamado Sweatt que foi recusado de ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, sob a alegação de que uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar a Universidade, bem como apresenta um fato que ocorreu em 1971, com um judeu chamado DeFunis, em virtude deste não ter ingressado na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, apesar de ter atingido uma média alta nos exames realizados.

Dworkin admite que o utilitarismo teria certo caráter igualitário, uma vez que busca o bem estar geral, mas ressalva que este caráter sempre dependerá de respaldo social, o que nem sempre acontece (GARGARELLA, 2008, p. 25).

Além disso, assevera que o argumento utilitarista possui alguns questionamentos que não ocorrem com os argumentos de ideal, quais sejam: o que seria bem-estar médio ou coletivo? Como podem ser calculadas as perdas e os ganhos dos indivíduos a fim de respaldar a afirmação de que os ganhos superam as perdas? (DWORKIN, 2002, p. 358)

Os argumentos favoráveis a um programa que discrimine em favor dos negros, por exemplo, são ao mesmo tempo utilitaristas e ideais. Os argumentos utilitaristas se baseiam, mesmo que indiretamente, em preferências externas, enquanto que os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas sim no argumento de que uma sociedade mais igualitária será melhor, independente de seus membros preferirem a desigualdade, sendo que este argumento, segundo o autor, não negaria a ninguém o direito de ser tratado como igual. (DWORKIN, 2002, p. 364-365).

Ou seja, de acordo com as lições de Dworkin, o argumento utilitarista que se respalda nas preferências pode aparecer num argumento igualitário, mas se forem analisadas as diversas preferências existentes na sociedade, tal argumento igualitário se demonstrará enganoso.

Ademais, os argumentos utilitaristas que pretendem justificar a segregação não são errados apenas em seus detalhes, mas também inapropriados em princípio. Isto porque em outros casos, a contabilização das preferências externas viola os direitos dos cidadãos de serem tratados como iguais, considerando que em alguns casos, o sucesso das preferências pessoais de um candidato dependerá da estima e aprovação dos outros (DWORKIN, 2002, p. 366).

Dessa forma, Dworkin (2002, p. 368) conclui que os argumentos favoráveis a um programa de admissão que discrimine os negros, por exemplo, em admissão nas universidades, são argumentos utilitaristas baseados em preferências externas, violando o direito constitucional dos negros de serem tratados como iguais.

O referido autor ressalta a importância de se estabelecer as diferenças necessárias para o entendimento das injustiças decorrentes das classificações raciais. Em razão disso, defende (DWORKIN, 2002, p. 369) que um programa de admissão preferencial poderá não criar uma sociedade mais igualitária – mas não é correto afirmar que tais programas não injustos, mesmo quando funcionam, pois o autor afirma que é necessário ter cautela para que a Cláusula de Igual Proteção não seja utilizada para fraudar a igualdade.

Dworkin afirma que uma política não deve se adequar às preferências da sociedade, mas sim às reais necessidades dos membros que pertencem aos grupos mais vulneráveis. Tal concepção visa dar efetivação à justiça material, por meio de uma postura ativa do Estado.

Dessa forma, o que vai respaldar um programa de ação afirmativa será o respeito aos direitos dos indivíduos de serem tratados como iguais, mas tal afirmação do autor só será compreendida através do conceito de igualdade num sentido material, não meramente formal.

De fato, o argumento ideal que se baseia na concepção de que uma sociedade igualitária será uma sociedade melhor, não negaria a ninguém o direito de ser tratado como igual. A proposição ideal de Dworkin requer a possibilidade de que o indivíduo determine seu destino com base em suas próprias escolhas e circunstâncias, para ele:

O destino das pessoas é decidido por suas escolhas e circunstâncias. As escolhas expressam sua personalidade, que também tem dois ingredientes principais: aspiração e caráter.[...] As circunstâncias consistem nos recursos pessoais e impessoais de que uma pessoa dispõe. Os recursos pessoais são a saúde e a capacidade física e mental – o estado geral dessas capacidades, inclusive talento para a riqueza, isto é, a capacidade inata para produzir bens ou serviços para os quais as pessoas queiram pagar. Os recursos impessoais são os que possam ser transferidos de uma pessoa para outra – a riqueza e outros bens materiais que possua, as oportunidades que lhe são oferecidas, seguindo um sistema jurídico, para uso desses bens. (2005, p. 454).

A separação entre as desigualdades decorrentes das escolhas dos indivíduos e das circunstâncias advindas da ausência de oportunidades é fundamental na teoria de Dworkin, e somente a partir dela é possível desenvolver uma teoria liberal igualitária sensível à ética. Separando as desigualdades causadas por circunstâncias das causadas por escolhas, é possível clarear as condições para o desenvolvimento de princípios que procurem eliminar os efeitos do primeiro tipo de desigualdade e permitir os do segundo. Baseado nessa operação, o indivíduo não poderia culpar o Estado pelos resultados de suas próprias ações ou alegar injustiças perpetradas por ele.

Contudo, deve ser feito um acréscimo nesta afirmação, no sentido de que o conceito de sociedade igualitária deve ser analisado de forma conjunta com o conceito de dignidade humana, pois é justamente a dignidade humana que sustentará o tratamento diferencial dado às minorias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em verdade, as sociedades estão em sucessivos processos de transformação, tornando, assim, mutável o conceito de igualdade, tanto em relação à época, ou em relação a

determinado grupo. Diante dessa mutabilidade, o que se entende como igualdade jurídica em determinado país pode não ser da mesma forma entendida em outro país e, ainda, a isonomia de tempos passados pode não equivaler ao que se entende hodiernamente e tampouco servir como parâmetros efetivos para calcar previsões do que será ela em tempos vindouros.

O Direito, para concretizar a justiça, se utiliza dos critérios isonômicos, ora determinando o equilíbrio, ora o desequilíbrio positivo, uma vez que há desigualdades provenientes de inúmeras divergências, dentre elas as desigualdades humanas, que privam muitos até de ter as suas necessidades básicas supridas.

Rawls intensifica os debates ao propor a exigência da aplicação das liberdades fundamentais a todos os indivíduos bem como apregoa acerca da justiça distributiva, que faz das desigualdades um conjunto contido nas igualdades, pois, em caso de existência daquelas, serão inseridas na esfera maior das igualdades, sendo, por conseguinte, aceitáveis.

Dworkin expõe suas idéias ao debater casos jurídicos que ocorreram nos Estados Unidos. Contudo, de igual modo, seus argumentos são de suma importância para o debate sobre a legalidade e justiça das ações afirmativas.

O conceito de sociedade igualitária deve ser analisado de forma conjunta com o conceito de dignidade humana, pois é justamente a dignidade humana que sustentará o tratamento diferencial dado a determinada ‘classe’ de pessoas.

É preciso entender que as ações afirmativas não estão respaldadas na concepção de justiça compensatória, pois esta ideia limitaria a sua concessão, visto que só poderia ser “compensado” quem porventura tivesse um direito violado, sendo que somente poderia ser “penalizado” quem causasse, de fato, tal violação.

Por meio da distribuição igual de oportunidades, deve ser dado tratamento diferenciado às classes menos favorecidas, o que não significa dizer que os demais sofrerão por pertencerem à classe não incluída nas ações afirmativas, pois essas pessoas já estão em posição de vantagem, sendo medida de justiça dar tratamento diferenciado.

Portanto, a análise da constitucionalidade de uma ação afirmativa deve ser direcionada para as suas finalidades. Se a medida for necessária para que seja efetivada a justiça material, ou seja, se a política afirmativa atende às reais necessidades dos grupos mais vulneráveis, o princípio constitucional da igualdade estará sendo respeitado e, por conseguinte, a ação afirmativa será justa.

Dessa forma, uma postura neutra do Estado, no sentido de ignorar tais necessidades representará afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que inviabilizaria a inserção da diversidade no sistema democrático.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A virtude soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTR, 2006.

GARGARELLA R. Teorias da justiça depois de Rawls um breve Manual de filosofia política, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2008.

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.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou material, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOPES, Gláucia Gomes Vergara. *A Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: A efetividade das Leis Brasileiras*. São Paulo: LTR, 2005.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe: obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36.

MEDEIROS, Carlos Alberto. *Racismo, preconceito e intolerância*. São Paulo: Atual, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2009.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. São Paulo: USP/Cadernos de Pesquisa, n. 117, novembro/2002.

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

RAWLS, John. *Justiça como equidade*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O liberalismo político*, São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. 2ª ed. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica, in *Revista Trimestral de Direito Público* nº 15, 1996.

_____. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997.