

A AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL SOB A ÓTICA DA CONSTITUCIONALIDADE

Luiz Carlos dos Santos

Com base no princípio da igualdade jurídica, na sua acepção material, verifica-se logo no preâmbulo da Carta Magna de 1988, de pronto, a constitucionalidade de uma política ou ação afirmativa, ou ainda, de outras denominações congêneres, a exemplo, da discriminação positiva ou de uma ação compensatória.

Está patentado, no supramencionado preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em vigor, que a Nação brasileira deve ser democrática, pois é dever do Estado: “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”. Grifos nossos.

Sem adentrar no mérito da sua eventual força normativa, o texto preambular deve constituir-se em um vigoroso conteúdo determinador da interpretação constitucional. Ao receber a função de assegurar um rol de direitos fundamentais, a doutrina contemporânea assevera que o Estado já não pode mais assumir a mesma postura neutra, sob o manto liberal dos séculos XVII e XVIII, presente nas Constituições anteriores.

Entende-se que o princípio de igualdade, elencado no art. 5º caput da CRFB de 1988 ganhou novo vigor: vai além da acepção meramente formal, para adquirir um caráter matéria, substancial, ligado à idéia de igualdade de oportunidades. A ingerência do Estado torna-se de capital importância nesse processo, porque a aplicação estática do princípio da igualdade, à luz da ótica liberal, não conseguiu reverter, na prática, as desigualdades oriundas dos processos históricos. Aliás, Dray *apud* Gomes (2003) refere que o pressuposto liberal de que os indivíduos devem ser abstratamente tratados como iguais não passaria de uma mera ficção.

Depreende-se do estudo, que a concepção de uma igualdade eminentemente formal está circunscrita ao princípio geral da igualdade perante a lei. E isso passou a ser questionado, quando se constatou que a igualdade de direitos não é, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem são socialmente desfavorecidos às oportunidades de que gozavam os indivíduos privilegiados. Importa, pois, colocar os primeiros no mesmo patamar de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, requer discutir, avançar na igualdade de condições (DRAY *apud* GOMES, 2003, p. 19), evidentemente, combinado com os princípios, igualmente constitucionais, da razoabilidade e proporcionalidade.

Na mesma dimensão argumentativa, Canotilho (1998) assevera que o postulado substancial da igualdade é um dos fatores fundamentais para a concretização da democracia econômica e social; logo, a sua aplicação torna-se fundamental. "Não se pode interpretar o princípio da igualdade como um princípio estático, indiferente à eliminação das desigualdades. O princípio da democracia econômica é um princípio dinâmico, impositivo de uma igualdade material [...]. A igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social" (CANOTILHO, 1998, p. 332).

Não se pode perder de vista, o que preconiza o artigo 3º da CRFB de 1988 ao definir os objetivos fundamentais da República "construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Atente-se ao que Rocha apud Vilas-Bôas (2003) se refere concernentemente a este dispositivo quando declara, diretamente, que o Brasil não é livre, nem justo e nem solidário, pois se assim o fosse, "não haveria necessidade de serem considerados como objetivos fundamentais. Dessa forma, contém uma afirmação de quais são os objetivos fundamentais, e ainda, a determinação de se construir uma nova sociedade brasileira com base nas premissas traçadas no texto constitucional" (p. 54).

Frise-se que ao objetivar a eliminação dos diversos tipos de discriminação, a Carta Magna sob análise, dá um ensejo para que as ações afirmativas façam parte do arcabouço jurídico pátrio. Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, afirmou:

Posso assegurar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos 'construir', 'garantir', 'erradicar' e 'promover' implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar 'ação'. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar - e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo - as mesmas oportunidades. Há de ter-se como virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. Qual é o fim almejado por esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, que é uma das formas de discriminação, visando-se, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro? (MELLO, 2001).

Acrescente-se que não se pode olvidar também que a noção de ação afirmativa está diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Entenda-se que a igualdade interpretada de modo

substancial, material como um mecanismo de equiparação e redução de desigualdades, tem intrinsecamente um norte ao bem-estar dignificador do homem. Nesse sentido, ao referir-se às características do estado social de direito, Taborda (1998) lembra que:

[...]a tutela fundamental não é mais a propriedade privada e sim a dignidade da pessoa humana como centro invariável da esfera da autonomia individual que se procura garantir por meio da limitação jurídica do Estado. Exige-se agora do Estado uma intervenção positiva, para criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais (p. 257).

Atente-se, também na esfera constitucional, uma série de outros dispositivos que podem ser considerados de cunho afirmativo/compensatório. Entre eles, cabe citar:

- Art. 7º inciso XXX, que se refere à proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.
- Art. 23, inciso X, outorgando às unidades federadas a responsabilidade combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.
- Art. 37, inciso VIII, quando dispõe que a lei reservará a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.
- Art. 145, § 1º, referentemente à ordem tributária, quando assevera que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.
- Art. 170, dispondo sobre os princípios a que se erige a ordem econômica do Brasil, dentre eles a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (inciso IX).
- Art. 179, quando dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei; tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las, pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.
- Art. 227, inciso II, dispondo sobre a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência; e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Em relação à natureza infraconstitucional, há um leque de leis ordinárias que podem ser enquadradas no rol das ações afirmativas ou compensatórias. A primeira, Lei Federal no 5.465/68, que prescreveu a reserva de 50% de vagas dos estabelecimentos de Ensino Médio Agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária a candidatos agricultores ou filhos destes. Todavia, ela não obteve o êxito esperado (sendo posteriormente abolida do ordenamento), pois, na prática, a sua utilização beneficiou tão somente uma pequena elite aristocrata rural - de tal forma que a lei recebeu a alcunha de Lei do Boi.

Destacam-se, ainda, quer no sentido lato, quer no *stricto sensu*, leis de cunho afirmativo, decorrentes de políticas públicas ou de iniciativa do legislativo, que visam garantir, ora os direitos fundamentais, ora discriminando positivamente, porém, com o intuito de diminuir as desigualdades, entre elas citam-se: 8060/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente; 9.504/97 (que possibilitou a reserva de uma cota de no mínimo 30% para mulheres nas candidaturas partidárias); 9.029/95 (que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); 8.112/90 (que prescreve, no seu art. 5º, parágrafo 2º, a reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da União); 10.741/2003 (que institui diversas garantias para a classe dos idosos); 11.340/2006, apelidada de Lei Maria da Penha; 12.228/2010, intitulada Estatuto da Igualdade Racial; e, o Decreto-Lei 5.452/43 (que estabelece, no art. 373-A, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres).

Diante do exposto, a ação material, substantiva ou simplesmente afirmativa/compensatória, tem o fulcro de combater as desigualdades, mediante a valorização social, econômica, política e/ou cultural dos grupos historicamente marginalizados. Enquanto instrumento jurídico, sem dúvida, o mais ousado no combate à desigualdade, tem um papel de capital relevância na proposta democrática, assegurando, possibilitando e resgatando a pluralidade social. Dessa forma, entende-se que a análise sistemática da CRFB de 1988 (especialmente do preâmbulo constitucional e dos arts. 1º, 3º e 5º *caput*) enseja o ingresso da ação positiva *lato sensu* no arcabouço jurídico brasileiro.

Finalmente, convém registrar: isso não significa que toda política, concebido enquanto afirmativa, será necessariamente constitucional. Abusos e violações de variadas ordens podem ser cometidos por meio do uso arbitrário e indistinto desse mecanismo inovador. Cabe ao bom senso do legislador, dos magistrados e principalmente da sociedade a árdua tarefa de utilizar a

ação afirmativa de modo razoável e proporcional, a fim de ela possa atingir sua principal meta: reduzir as desigualdades e a discriminação, e não propagá-las.

REFERÊNCIAS

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. São Paulo: RCS, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998).

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.

JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental**. Brasília: IPEA, 2002.

KERVEGAN, Jean-François. Existirá uma Filosofia Liberal? Observações sobre a obra de J. Rawls e F. Hayek. In BARBOSA FILHO, Balthazar (et. al.). **Filosofia Política 6: O Poder**. Porto Alegre: L&PM, 1991.

MELLO, Marco Aurélio de. **Óptica Constitucional - A igualdade e as Ações Afirmativas**. Disponível em: <http://www.gemini.stf.gov.br/netahtml/discursos/ma_palestraTST.htm>. Acesso em: 04 set. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 6. ed. São Paulo: 2006.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, Luis Fernando Martins da. **Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado**. Rio de Janeiro: 2004.

SKIDMORE, Thomaz E. **Uma História do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da Igualdade em perspectiva histórica. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, 211, p. 256-262, jan/mar, 1998.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.