

ASPECTOS JURÍDICOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS*

Manoel Gonçalves Ferreira Filho**

SUMÁRIO: I – Introdução; II – A igualdade perante a lei; III – As condições jurídicas das ações afirmativas; IV – O exemplo norte-americano; V – Observações finais.

I – INTRODUÇÃO

1. As Ações Afirmativas são uma das mais importantes conquistas do direito contemporâneo. Entretanto, o seu equacionamento jurídico envolve grandes dificuldades. Com efeito, trata-se no fundo de concretizar um paradoxo: *desigualar para criar igualdade*. E o paradoxo, do ângulo jurídico, se torna um problema, porque a desigualação tem de ser feita dentro do respeito ao princípio da igualdade formal, a isonomia, a igualdade perante a lei. Realmente, é isto que impõe o Estado de Direito, do qual a isonomia é um dos princípios fundamentais.

No plano social, as Ações Afirmativas são políticas públicas, visando a reduzir as desigualdades sociais. Buscam dar a grupos desvantajados uma situação equivalente – igual – a de outros não desvantajados.

No plano jurídico, tais políticas importam em estabelecer *tratamento normativo diferente* – desigual – a tais grupos, mas sem violar o princípio de isonomia.

Trata-se, pois, de uma tarefa que, além de difícil, é extremamente delicada.

II – A IGUALDADE PERANTE A LEI

2. A isonomia é uma conquista do Estado constitucional, adveniente do triunfo das revoluções liberais. Permanece, desde a origem do constitucionalismo, como um de seus princípios básicos.

* Uma primeira versão deste trabalho, agora revisto e ampliado, foi conferência proferida na OAB/SP, sob os auspícios da Comissão do Negro e de Assuntos Antidiscriminatórios, em seminário sobre “A constitucionalidade das Ações Afirmativas”, em 17 de outubro de 2003.

** *Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor Honoris Causa da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor Visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Comissão Executiva da Association Internationale de Droit Constitutionnel – AIDC. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.*

Disto faz eco a nossa Constituição no art. 5º, *caput*, primeira parte:

“Todos são iguais perante a lei...”

3. O mais notório aspecto dessa igualdade é a sujeição de todos a um direito comum. Ou seja, o repúdio aos privilégios de que gozavam nobreza e clero. Com efeito, as revoluções liberais se insurgiam contra o Estado monárquico-aristocrático, que admitia tais privilégios. Ou seja, favorecia, abrindo exceções ao direito comum, nobreza e clero, atribuindo-lhes vantagens e preferências em razão do nascimento – o sangue azul... – ou da função religiosa.

4. Dois corolários decorrem do princípio de igualdade.

Um é a proibição do tratamento diferenciado *prejudicial* ao ser humano – tratamento discriminatório propriamente dito – em razão de suas características de gênero, raça, cor, profissão, etc. Tal diferenciação não se justifica objetivamente, ao invés, traduz preconceitos irracionais.

Esta proibição é que inspira textos como o que constava do art. 150, § 1º, da Constituição de 1967:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.”

5. Outro é a vedação do tratamento diferenciado que dá *preferências* ou vantagens a determinados seres humanos em razão dessas características de gênero, raça, cor, profissão, etc. Este tratamento diferenciado também não se justifica quando visa a privilegiar um grupo em detrimento de outros.

Tais corolários estão expressos, por exemplo, na Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que o Brasil subscreveu em 1964. Nesta, caracteriza-se 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.”

Em termos muito próximos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial conceitua discriminação, no art. 1º, como:

“Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.”

6. O princípio da igualdade perante a lei, que integra o cerne do Estado constitucional de Direito, do Estado democrático, não perdeu valor, nem valia.

Reflete ele a dignidade humana. Esta repele a idéia de que, no que é próprio a todos seres humanos em razão de sua natureza, portanto naquilo em que eles são

incontestavelmente iguais, sejam tratados diferentemente, em razão do sexo, raça, origem social ou cor, etc.

Entretanto, a igualdade não rejeita que, em decorrência de diferenças que apresentam uns em relação aos outros, seja dado tratamento jurídico diverso a uns e outros – sejam desigualizados os homens em face da lei, quando tal lei leva em conta exatamente essas diferenças, ou desigualdades, para finalidades legítimas.

7. A igualdade apresenta-se – já o ensinava Aristóteles – sob duas formas. Uma mais evidente – a igualdade do um igual a um, do dois igual a dois – ou igualdade aritmética; outra, proporcional – a igualdade que atribui a quem dá um esforço duplo, ou triplo, mais duas vezes, ou três vezes do que recebe ou fornece um esforço simples – a igualdade dita geométrica.

Essas duas formas de igualdade enquadram-se na justiça. A primeira, a aritmética, é própria da Justiça comutativa, aquela que rege as relações entre seres humanos iguais na sua condição. A segunda, a geométrica, é própria da Justiça distributiva, da Justiça social, que distribui ou retribui as contribuições entre o todo – a sociedade – e as partes – os seres humanos que a integram, em função das diferenças entre estes.

Cite-se, para ilustração, a formulação clássica expressa por Rui Barbosa na famosa *Oração aos Moços*:

“A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam.”

E acrescenta logo adiante:

“Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real.”

8. Imprescindível, portanto, para um direito justo, é a lei tratar igualmente os iguais, mas desigualmente os desiguais. Mas tratá-los desigualmente, na medida em que se desigualam. Sim, porque se o tratamento desigual vai além da medida da desigualdade, está criando privilégios, está violando o princípio de igualdade.

A determinação dessa medida é o ponto chave, mas também a questão delicada, que se põe para o legislador, para o juiz, para quem, enfim, pretende realizar a Justiça.

9. Sem dúvida, não há dificuldade em reconhecer que todos os seres humanos são iguais em natureza, portanto, em dignidade. Assim, todos são iguais quanto aos direitos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, como enumera o art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira.

Isso, porém, não exclui as diferenciações que levam em conta peculiaridades pessoais, como idade, sanidade mental, etc., como espelha o direito civil, sem que ninguém conteste sua compatibilidade com a igualdade. São diferenciações que respondem ao fato de que tais pessoais não estão, nos atos da vida, nas mesmas condições do ser humano que o direito toma como padrão de referência, ser humano este, no auge de sua vitalidade e plenamente são.

10. Entretanto, colhem os seres humanos outras diferenças, que os desvantajam em face desse ser humano “padrão”. São as diferenças quanto a condições sociais, decorrentes de diferentes “situações” – culturais, econômicas, sociais, etc., em que aparecem na sociedade os seres humanos concretos, considerados nos grupos que integram. Tais diferenças são frequentemente de ordem coletiva, no sentido que refletem a posição do grupo social a que pertence o prejudicado – o discriminado enquanto membro do grupo desvantajado.

Ora, pela lógica da Justiça, que manda dar tratamento desigual àqueles que entre si se desiguam, cabe tratamento diferenciado em favor destes. Um tratamento compensatório ou corretivo. É a *discriminação reversa* que pretende corrigir pelas Ações Afirmativas a discriminação em detrimento de grupos sociais.

Esta não hostiliza a igualdade. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, há pouco citada, no mesmo art. 1º, em que conceitua discriminação, excepciona no item 4:

“As medidas especiais tomadas com a finalidade única de assegurar o progresso de determinados grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que tenham necessidade de proteção, que serve para lhes garantir o gozo e o exercício dos direitos do homem e liberdades fundamentais em condições de igualdade não são consideradas como medidas de discriminação racial, desde que não tenham por efeito a manutenção de direitos distintos para grupos raciais diferentes e não permaneçam em vigor uma vez atingidos os objetivos que têm em mira.”

11. Recente, porém, é o reconhecimento da necessidade – e da justiça – dessa discriminação reversa, ou seja, das Ações Afirmativas, pois ela não data senão de meados do século passado.

III – AS CONDIÇÕES JURÍDICAS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

12. Vale aprofundar a análise.

O reconhecimento dos grupos merecedores de uma ação afirmativa é uma questão de avaliação pela sociedade que exprime sua decisão pelos seus órgãos representativos, mormente os políticos e dentre estes o Legislativo.

Tal reconhecimento deve ter por reflexo, obviamente, um tratamento jurídico diferenciado relativamente ao comum, em favor desses grupos.

Este tratamento, porém, não se justifica em face da Justiça e da Constituição, salvo se algumas condições básicas ocorrerem na realidade. Realmente, a regra é a isonomia, a diferenciação, a exceção. Assim, para que a ação afirmativa não seja colhida pela inconstitucionalidade – ou seja, por violação ao princípio constitucional de igualdade (Constituição brasileira, art. 5º, *caput*) – é preciso que sua estruturação normativa observe algumas condições.

13. Primeira, a identificação do grupo desfavorecido, e seu âmbito, deve ser objetivamente determinado. Regra de Objetividade.

Não pode ser arbitrariamente definido, por exemplo, pela utilização de conceitos imprecisos, ou por meros critérios políticos (melhor se diria, político-eleitorais).

Essa arbitrariedade macularia como privilégio a normação que beneficiasse tal grupo.

Vale observar que, na identificação dos grupos desfavorecidos, muito significativas são as normas constitucionais que traçam objetivos. É o caso, na Constituição brasileira, do art. 3º, III, que assinala a meta de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

14. Segunda, a medida do avantajamento decorrente das regras deve ser ponderada em face da desigualdade a ser corrigida. Regra de Medida. Ou, como se usa dizer, deve ser proporcional o avantajamento à desigualdade a reparar. Por isso, alguns a chamam de Regra de Proporcionalidade. Do contrário, haverá um privilegiamento do grupo beneficiado em relação aos demais grupos e à sociedade como um todo.

15. Isto se explicita na terceira condição. As normas de avantajamento devem ser adequadas à correção do desigualamento a corrigir. Regra de Adequação. Tal adequação se exprime na sua racionalidade. Por isso, é também esta uma Regra de Razoabilidade.

16. Quarta condição, a finalidade dessas normas deve ser a correção de desigualdades sociais. Regra de Finalidade.

Claro está que seria violação da igualdade a diferenciação com o objetivo (ainda que disfarçado) de premiar os que não sofrem as agruras das desigualdades sociais.

17. Quinta, enfim. As medidas, como aponta a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, devem ser temporárias. Regra de Temporalidade.

Realmente, não visam a criar um *status* jurídico permanente mas excepcional em favor de um grupo, e sim propiciar a este grupo a igualdade em relação a outros. E, se passado tempo razoável, elas não atingem o objetivo colimado, certamente são inadequadas, violam a razoabilidade.

18. Exatamente para estas regras, particularmente para as de proporcionalidade e razoabilidade – chama atenção em importante artigo, intitulado *Ótica constitucional – A igualdade e as Ações Afirmativas*,¹ o Min. Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, ao referir-se ao sistema de cotas. Este sistema, aliás, tem sido, na América do Norte, objeto de críticas que lhe apontam como defeitos a rigidez e a inflexibilidade.

1 Incluído no livro *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, coordenado por Ives Gandra da Silva Martins, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 37 e ss.

DOUTRINA

19. Observe-se, por outro lado, que, na avaliação da proporcionalidade e adequação do tratamento diferenciado, entra em jogo um elemento reverso – a não-onerosidade (excessiva) para outros grupos ou para a sociedade como um todo.

Trata-se de uma condição que, por um lado, deflui do próprio princípio da igualdade. Realmente, uma de suas projeções é a igualdade quanto aos encargos. Disto, deriva a regra da proporcionalidade do ônus decorrente do tratamento diferenciado em relação aos ônus a serem suportados pelos outros grupos sociais.

Por outro, decorre da razoabilidade. Desarrazoado, sem dúvida, é onerar (excessivamente) o todo social ou outros muitos grupos para beneficiar um deles, ainda que em reparação de desvantagens. Não cabe na vida social e política o absoluto: *Fiat justitia, pereat mundus*.

Essas condições permitem a distinção entre as diferenciações legítimas em face da igualdade e as discriminações condenadas por esta. Noutras palavras, essas condições separam as Ações Afirmativas da inconstitucionalidade, em presença de uma Constituição que consagra o Estado de Direito e a Democracia, portanto, a igualdade perante a lei.

IV – O EXEMPLO NORTE-AMERICANO

20. Nos Estados Unidos é que primeiro se desenvolveu a política das Ações Afirmativas. Ora, a experiência americana traz duas experiências a considerar, mormente em nosso País, que tanto volta os olhos para a república estadunidense.

Uma é a de que a política de Ações Afirmativas produz reações por parte dos grupos não beneficiados que podem provocar até a sua interrupção. Com efeito, em norma proposta em iniciativa popular – a *Proposition 209* – aprovada em referendo, as Ações Afirmativas vieram a ser proibidas na Califórnia. Exatamente onde tinha surgido a idéia.

Outro concerne ao embate sobre sua juridicidade, em face da isonomia. Vale ter presente os seus pontos principais, segundo a jurisprudência.

21. Neste plano, a principal decisão sobre as Ações Afirmativas foi tomada pela Suprema Corte no conhecido caso *Regents of the University of California v. Bakke*, de 1978.

Neste aresto dois aspectos devem ser apontados.

Um, o de que um sistema rígido e exclusivo de cotas foi considerado – é verdade que por 5 votos a 4 – como discriminatório, portanto, violador do princípio constitucional de igualdade. E isto deu ao branco Bakke a vitória no pleito.

Outro, expresso também por uma maioria de 5 a 4, de que não haveria impedimento constitucional, de que raça ou etnia fosse levada em conta para a seleção em programas de ação afirmativa.

22. No livro *Ação Afirmativa e princípio constitucional de igualdade*,² o jurista Joaquim Barbosa Gomes – hoje investido no Supremo Tribunal Federal – sumaria a jurisprudência da Suprema Corte americana.

Destaca ele três pontos.

O primeiro:

“A Corte Suprema privilegia os planos mistos.”

Nisto leva em conta não somente a finalidade, mas também os “meios utilizados para atingi-la”.

Segundo:

“É imprescindível que o plano de ação afirmativa tenha um caráter temporário, e vise a sanar desigualdades gritantes, manifestas, inquestionáveis.”

E acrescenta:

“Neste sentido, é de fundamental importância, no momento da formulação do plano, a demonstração documental, estatística dos desequilíbrios raciais e sexuais existentes, de forma a propiciar no futuro elementos de análise comparativa.”

O último:

“Têm mais chances de aprovação os planos que se revestem de flexibilidade, ou seja, aqueles que conjugam vários fatores para efeito da elegibilidade dos respectivos beneficiários, não se limitando apenas aos critérios raça ou sexo, ao contrário, estipulando que esses critérios constituem aquilo que a Corte Suprema decidiu no caso Bakke, ou seja, um *plus factor*, um fator a mais de avaliação, um fator positivo, ao qual se somariam outros fatores, como, por exemplo, a qualificação técnica ou educacional. Noutras palavras, fatores múltiplos e flexíveis, em vez de ‘cotas cegas’ (*blind hiring preferences*).”

23. Assinale-se que, certamente levando em conta essa orientação, universidades americanas, como Harvard e Princeton, vêm adotando, em programa de ação afirmativa de admissão de indivíduos pertencentes a grupos desvantajados, entre os critérios de seleção, a pontuação em razão da vinculação étnica. Isto – registre-se – com resultados práticos positivos e não contestados judicialmente.

V – OBSERVAÇÕES FINAIS

24. Cabe, ao concluir esta análise sumária, resumir os principais aspectos jurídicos relativos às Ações Afirmativas.

2 Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 223/4.

D O U T R I N A

1º) A Constituição brasileira conforma um Estado de Direito de forma democrática. Este é o sentido da fórmula Estado Democrático de Direito, que emprega o art. 1º da Constituição. Ora, tanto o Estado de Direito como a Democracia importam no princípio de igualdade.

2º) Este princípio não exclui as Ações Afirmativas. Ao contrário, a igualdade, por implicar o tratamento desigual dos desiguais, na medida que se desigualam, as reclama.

E isto decorre explicitamente do objetivo de redução das desigualdades sociais, que enuncia o art. 3º, III, *in fine*, da Lei Magna, e reitera o art. 170, VII, desta. Como bem aponta Joaquim de Arruda Falcão:

“Inexiste incompatibilidade entre... os princípios constitucionais de igualdade formal (igualdade perante a lei) e de igualdade material (direito à igualdade e redução das desigualdades sociais.”

3º) A constitucionalidade das Ações Afirmativas depende da observância de algumas condições, ou regras, a de *objetividade* (ou realidade), a de *medida* (ou proporção), a de *adequação* (ou razoabilidade), a de *finalidade*, a de *temporiedade*, bem como a de *não-onerosidade* excessiva. São elas que fazem a diferença entre uma desigualação, legítima e constitucional, e um privilegiamento, ilegítimo e inconstitucional.

4º) A experiência estrangeira adverte para as dificuldades no equacionamento jurídico das Ações Afirmativas, particularmente por meio de critérios exclusivos e rígidos. Aponta como caminho a utilização de fórmulas mistas e particularmente para a importância dos meios escolhidos.

5º) Essa experiência, ademais, chama a atenção para o eventual contrachoque político que arriscam essas Ações.

6º) Entretanto, ela registra a sua contribuição positiva, real e concreta, para a redução das desigualdades.