

Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado

GUILHERME PEÑA DE MORAES

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e CEPAD/RJ.

1 – INTRODUÇÃO

O trabalho que ora vem à lume encerra uma proposta de sistematização das teorias a respeito dos fundamentos filosófico-jurídicos das ações afirmativas, tendo sido dividido em cinco partes.

A primeira é dedicada ao estudo do princípio da igualdade, como inadmissibilidade de diferenciações de tratamento arbitrárias, exteriorizadas sob a forma de discriminações ou privilégios, cuja implementação é possibilitada pelas ações afirmativas.

A segunda é deliberada ao exame do conceito das ações afirmativas, como políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, com vistas ao estabelecimento de relações de emprego, à delegação de serviços de comunicação social, à contratação e dispêndio de recursos públicos e à admissão em instituições de ensino superior.

A terceira é destinada à exibição da sustentação filosófica das ações afirmativas, como compensação de danos causados por discriminações ocorridas no passado ou distribuição de benefícios entre os membros da sociedade, de sorte a viabilizar o acesso de minorias a determinadas posições no futuro, em atenção à diversidade de origem, raça, sexo, cor e idade.

A quarta é devotada à exposição do sustentáculo jurídico das ações afirmativas, como primeiro fator de promoção da integração social de setores desfavorecidos, a partir do cotejo entre as experiências do Brasil, Canadá, África do Sul e Estados Unidos da América no limiar do século XXI.

A quinta sintetiza as conclusões do presente.

2 – PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é conceituado como *inadmissibilidade de diferenciações de tratamento arbitrárias, exteriorizadas sob a forma de*

discriminações (situações de desvantagem) ou privilégios (situações de vantagem), à luz dos conceitos de igualdade na lei e perante a lei e igualdade formal e material.

Com efeito, há a distinção entre *princípio da igualdade na lei* e *princípio da igualdade perante a lei*, na medida em que aquela define que a produção das regras jurídicas não pode consubstanciar desigualdades não autorizadas pela ordem constitucional, destinada precipuamente aos órgãos legislativos, ao passo que esta determina que a aplicação das regras jurídicas deve ser realizada em consonância com o estatuído pelas mesmas, ainda que resulte em desigualdades, dirigida principalmente aos órgãos judiciais, reunidas sob a elocução “iguais perante a lei”¹.

Demais disso, há a divisão entre *princípio da igualdade formal*, também denominada de igualdade perante a lei, civil ou jurídica, e *princípio da igualdade material*, também designada de igualdade na sociedade, real ou fática, uma vez que a primeira assegura a produção e aplicação igualitária das regras jurídicas, enquanto que a segunda objetiva a igualdade efetiva perante os bens da vida, sendo uma condição da outra, pois a atribuição de direitos em paridade antecede à alteração da estrutura social e econômica, mediante a remoção de obstáculos que impeçam a sua efetiva verificação².

Por último, considerando o caráter relativo do princípio em análise, porquanto são “legítimas as desigualdades quando fundadas e logicamente subordinadas a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional”³, a ordem jurídica brasileira dispõe dos três principais *meios de implementação da igualdade*, revestidos de natureza liberal, social e democrática. Os primeiros, inerentes aos ordenamentos franco-germânicos, são consagrados em normas que proíbem a prática de discriminações baseadas em critérios de origem, raça, sexo, cor e idade ⁴, como,

¹ JACQUES, Paulino Ignácio. **Da Igualdade Perante a Lei: Fundamento, Conceito e Conteúdo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 48.

² DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 56.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Temas Atuais do Direito Brasileiro**. 1ª série. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1987, p. 91.

⁴ LENAERTS, Koen et alii. **Constitutional Law of the European Union**. 1ª ed. London: Sweet & Maxwell, 1999, pp. 111-121. V., também, sobre o mesmo assunto: BEAUMONT, Paul e LYONS, Carole. "Convergence and Divergence" in **European Public Law**. 1ª ed. London: Hart Publishing, 2002, p. 151-175.

por exemplo, as preceituadas nos arts. 5º, inc. I (igualdade entre homens e mulheres), 7º, inc. XXX (igualdade no exercício de trabalho, ofício ou profissão), 14, *caput* (igualdade no valor do voto) e 37, inc. I (igualdade no acesso a cargos, empregos e funções públicas). Os segundos, intrínsecos aos ordenamentos nórdico-escandinavos, são consignados em normas que obrigam a prestação de benefícios e serviços que atendam às necessidades básicas da pessoa humana, de arte a protegê-la suficientemente de determinados riscos a que se encontra exposta ⁵, como, por exemplo, as prescritas nos arts. 194, parágrafo único, inc. II (igualdade das prestações da seguridade social), 196 (igualdade na saúde), 201, § 1º (igualdade na previdência social) e 204, *caput* (igualdade na assistência social), todos da Constituição da República. Os terceiros, imanentes ao ordenamento norte-americano, são consubstanciados em normas que permitem a realização de ações afirmativas ⁶, sendo certo que estas constituem o mais eficaz meio de implementação do princípio da igualdade no contexto das sociedades pós-convencionais, nas quais não há consenso acerca de valores, porém os interesses são expressos através de grupos, categorias ou classes de pessoas ⁷.

3 – AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas são definidas como *políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, existentes ou passadas, como as pessoas portadoras de deficiência física, idosos,*

⁵ CHRISTENSEN, Anna et alii. **Swedish Law in the New Millennium**. 1ª ed. Stockholm:Norstedts Juridik, 2000, pp. 134-153. V., também, sobre a mesma matéria: DAHL, Borge e MELCHIOR, Torben. **Danish Law in a European Perspective**. 2ª ed. Copenhagen: Forlaget Thomson, 2002, p. 299-318.

⁶ TRIBE, Laurence et alii. **American Constitutional Law**. 2ª ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 1437-1521. V., também, sobre o mesmo tema: GRAGLIA, Lino e RAKOVE, Jack. **How the Constitution Disappeared**. 1ª ed. Boston: Northeastern University Press, 1994, p. 52-78.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. 1ª ed., v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 279-305. V., também, do mesmo autor: "A Justificação Processual do Estado Democrático de Direito" in **A Constelação Pós-Nacional: Ensaios Políticos**. 1ª ed. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 143-149; "A Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito" in **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. 1ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 229-267 e "O Estado Democrático de Direito - uma Amarração Paradoxal de Princípios Contraditórios?" in **Era das Transições**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.

índios, mulheres e negros, ao teor de três considerações acerca da sua origem, meios e fins.

A um: com pertinência à *origem*, as ações afirmativas remontam à Lei do Serviço de Libertos (***Freedman's Bureau Act***), que instituiu um serviço no Departamento de Guerra dos Estados Unidos da América para dispensar cuidados e proteção aos escravos libertos e realizar a supervisão de terras abandonadas em 1865⁸.

A dois: com referência aos *meios*, as ações afirmativas são efetivadas pelo sistema de cotas ou pontuação, assim como pela oferta de treinamentos profissionais e reformulação de políticas de contratação e promoção de empregados⁹.

A três: com relação aos fins, as ações afirmativas são efetuadas para o estabelecimento de relações de emprego, bem como para a delegação de serviços de comunicação social, a contratação e dispêndio de recursos públicos e a admissão em instituições de ensino superior¹⁰, com diferentes fundamentações filosóficas e jurídicas¹¹.

4 – FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA

Por um lado, a fundamentação das ações afirmativas não é uníssona, de arte que duas teorias filosóficas são antagônicas sobre o tema.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. "Ação Afirmativa na Experiência Americana" (palestra proferida no Seminário sobre Ações Afirmativas e Cotas no Ensino Público do Estado do Rio de Janeiro, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 27.06.2003).

⁹ BERNARDINO, Joaze. "Ações Afirmativas no Brasil. A Construção de uma Identidade Negra?" (Dissertação de Mestrado, Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 1999).

¹⁰ VILAS-BÔAS. Renata Malta. "Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade" (dissertação de Mestrado, Departamento de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002).

¹¹ As expressões "discriminações positivas" e "sistemas de cotas" não se nos afiguram corretas. Primo, a discriminação corresponde à violação do princípio da igualdade de oportunidades, dado que importa em diferenciação de tratamento arbitrária, que atribui uma situação de desvantagem a seus destinatários. Secundo, a cota designa uma modalidade de política ou programa, eis que as ações afirmativas também podem ser implementadas pelo sistema de pontuação, oferta de treinamentos profissionais e reformulação de políticas de contratação e promoção de empregados. Em conclusão, a ***Affirmative Action Review - White House Report to the President*** deixou consignado que as "ações afirmativas são quaisquer esforços empreendidos para ampliar a oportunidade de minorias ou grupos sociais, usando a participação dos membros destas categorias ou classes de pessoas, que estiveram sujeitas a discriminação, como consideração no estabelecimento de relações de emprego, delegação de serviços de comunicação social, contratação e dispêndio de recursos públicos e admissão em instituições de ensino superior". Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/WH/EOP/>>

A *teoria da justiça compensatória*, acolhida por Michel Rosenfeld e Jules Coleman, acentua que as ações afirmativas configurariam uma *reparação ou ressarcimento dos danos causados pelas discriminações ocorridas no passado*, **in expressis**: “como as desvantagens competitivas são um produto de causas sociais e não naturais, o princípio da igualdade de oportunidades exige a sua eliminação. As ações afirmativas parecem ser particularmente adequadas para reconduzir as perspectivas de cada um ao ponto onde elas provavelmente estariam caso não houvesse a discriminação. Sempre que uma deficiência de meios (educacionais ou não) for atribuível a uma violação de direitos, as ações afirmativas concebidas para eliminar a redução de perspectivas de sucesso correspondente a essa deficiência de meios são por natureza compensatória”¹², de maneira que a realização da justiça compensatória é uma questão de princípio, “não porque se promova justiça na distribuição dos bens, mas porque se remediam injustiças no ponto de partida inicial da distribuição de benefícios”^{13 14}.

A *teoria da justiça distributiva*, adotada por Richard Wasserstrom e Mary Segers, adverte que as ações afirmativas conformariam uma *redistribuição dos ônus e bônus entre os membros da sociedade, com o desiderato de viabilizar o acesso de minorias ou grupos sociais a determinadas posições*, **in litteris**: “as ações afirmativas alteram diretamente a composição de instituições. Isto é desejável em si mesmo, por configurar uma redistribuição de posições, com o escopo de criar uma nova realidade social, na qual, em grau substancialmente superior ao observado no presente, as posições de relevância serão ocupadas por minorias ou grupos sociais”¹⁵, de sorte que “a adoção de oportunidades especiais para extirpar certas desvantagens oriundas de injustiça do passado pode-se justificar como um meio de se construir uma sociedade na qual todos os indivíduos tenham parcelas mais eqüitativas dos bens da vida”^{16 17}.

¹² ROSENFELD, Michel. **Affirmative Action and Justice: a Philosophical and Constitutional Inquiry**. 1a ed. New Haven: Yale University Press, 1991, p. 288.

¹³ COLEMAN, Jules. **Moral Theories of Torts: their Scope and Limits**. 1a ed., part II. Law and Philosophy, 1983

¹⁴ A teoria da justiça compensatória é objeto de censura, na medida em que a reparação ou ressarcimento somente poderia ser postulada em face de quem houvesse praticado a conduta impugnada, por parte de quem houvesse sofrido os danos causados pelas discriminações ocorridas no passado. FISCUS, Ronald. **The Constitutional Logic of Affirmative Action**. London: Duke University Press, 1992, p. 12.

¹⁵ WASSERSTROM, Richard. **Philosophy and Social Issues: Five Studies**. 1a ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980, p. 54.

¹⁶ SEGERS, Mary. **Elusive Equality: Liberalism, Affirmative Action and Social Change in America**. 1a ed. New York: Schochen Books, 1983.

¹⁷ A teoria da justiça distributiva é objeto de crítica, uma vez que não seria hábil a identificar as diferenciações oriundas de discriminações e as distinções originárias de outros fatores, como, por exemplo, a idade e a herança cultural. SOWELL, Thomas. **Civil Rights: Reality or Retic? 1a ed.** New York: Morrow, 1984, p. 114.

Nesta ordem de idéias, em conformidade com o magistério de Ronald Dworkin, a doutrina estadunidense prestigia a teoria da justiça distributiva, “tendo sido desenvolvida a convicção de que as ações afirmativas são necessárias não como uma compensação de minorias ou grupos sociais por discriminações passadas contra eles, mas como uma contribuição para que a distribuição das posições de prestígio e influência beneficie a sociedade como um todo”¹⁸.

5 – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Por outro lado, as ações afirmativas, consubstanciadas em alguns textos constitucionais, como o art. 23, § 2º da Constituição da Namíbia¹⁹ e o art. 15, § 4º da Constituição da Índia²⁰, e tratados internacionais, como o art. 1º, § 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial²¹ e o art. 4º, inc. I da Convenção sobre a Eliminação de

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. 1a ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1985, cap. XIV e **Sovereign Virtue**. 1a ed. Massachusetts: Harvard University Press, 2000, cap. XII. V., também, do mesmo autor: "The Bakke Decision: Did it Decide Anything?" in **The New York Review**, 17.08.1978, p. 8 e "Race and the Uses of Law" in **The New York Times**, 13.04.2001, p. A17.

¹⁹ Constituição da Namíbia, art. 23, § 2o: "Nada constante no art. 10 da presente - igualdade perante a lei - impedirá o Parlamento de aprovar legislação que possibilite, direta ou indiretamente, o desenvolvimento de pessoas dentro da Namíbia que tenham estado socialmente, economicamente ou educacionalmente, em desvantagem devido a leis ou práticas discriminatórias passadas, ou à implantação de políticas ou programas voltados para a correção de desequilíbrios sociais, econômicos ou educacionais na sociedade da Namíbia, oriundos de leis ou práticas discriminatórias passadas, ou para alcançar uma estruturação equilibrada do serviço público, força policial, força de defesa ou do serviço carcerário". Disponível em: <<http://www.un.int/permreps/namibia.htm>>. Acesso em: 29.06.2003.

²⁰ Constituição da Índia, art. 15, § 4o: "Nada constante no art. 29, § 2o da presente - igualdade perante a lei - impedirá o Estado de elaborar qualquer disposição especial para o progresso de qualquer classe social e educacionalmente atrasada de cidadãos ou das Castas Programadas e Tribos Programadas". Disponível em: <<http://www.un.int/permreps/india.htm>>. Acesso em: 29.06.2003.

²¹ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 1o, § 4o: "Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos". Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/2003/d4738.htm>>. Acesso em: 29.06.2003.

Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher²², foram desenvolvidas na África do Sul, Canadá e Estados Unidos, sem prejuízo da experiência do Brasil.

5.1 – ÁFRICA DO SUL

A história sul-africana é delimitada pela implementação do *apartheid* em 1948, tendo sido a *política de segregação racial* antecedida pela edição do **Industrial Dispute Prevention Act** (1909) e **Native Regulation Act** (1911), que prescreviam o direito à obtenção de empregos públicos por trabalhadores brancos, com a cominação de sanções para a contratação de negros, e sucedida pela elaboração do **Bantu Labor Act** (1953) e **Industrial Conciliation Act** (1956), que excluía todos os negros da definição de empregado e proibia o registro de sindicatos integrados por eles, assim como habilitava o Ministro do Trabalho a reservar certas posições de emprego a pessoas de determinada raça, respectivamente²³.

Destarte, o propósito das ações afirmativas seria a *neutralização dos efeitos* do *apartheid*, em consonância com as diretrizes estabelecidas no art. 9º, nº 2 da **Constitution of South Africa**, pela qual a igualdade perante a lei incluiria a plena e igual fruição de todos os direitos e liberdades, de forma que, para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas ou grupos sociais prejudicados por discriminação injusta poderiam ser tomadas, bem como no **Green Paper on Employment and Occupational Equity** (1996) e **Green Paper on Affirmative Action** (1997), segundo os quais o princípio da igualdade seria o fundamento da edificação de uma sociedade democrática, de modo a viabilizar a diversidade no serviço público²⁴. Ademais, a Corte Suprema sul-africana têm proferido decisões acerca das ações afirmativas na instituição de relações de emprego, com ênfase para a iniquidade das discriminações nos estabelecimentos de trabalho²⁵.

²² Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, art. 4o, inc. I: "A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos da igualdade de oportunidades e tratamento houverem sido alcançados". Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/2002/d4377.htm>>. Acesso em: 29.06.2003.

²³ JAARSVELD, Izeldé Louise. "Affirmative Action: a Comparison between South Africa and United States" in **Managerial Law**, v. XLII, nº 6, 2000, p. 17.

²⁴ ADAMS, Charl. **Affirmative Action in a Democratic South Africa**. 1a ed. Cape Town: Juta & Co., 1993. V., também: SACHS, Abraham. **Affirmative Action and the New Constitution**. 1a ed. Bellville: University of Western Cape, 1995.

²⁵ Western Cape Education Department v. George (1996) 1 ILJ 347 (AHH) p. 349 D. V., também: Public Servants Association of South Africa v. Minister of Justice (1997) 18 ILJ 241 (T) p. 247 D-H.

5.2 – CANADÁ

As ações afirmativas, no ordenamento jurídico canadense, são estatuídas em diferentes *normas, constitucionais ou legais, federais ou provinciais*, consoante estejam dimensionadas às relações no setor público ou privado.

No que tange às *relações públicas*, as políticas afirmativas são es-teadas em normas constitucionais federais, inseridas no art. 15, nos. 1 e 2 do **Canadian Charter of Rigths and Freedoms**, que preceitua a igualdade de todos os indivíduos perante e sob a lei, com direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental, o que não impediria qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos²⁶.

No que toca às *relações privadas*, os programas afirmativos são es-tribados em normas legais provinciais, como, por exemplo, a insertada no art. 14, nº 1 do **Ontario Human Rights Code**, que prevê a exeqüibilidade de projetos especiais de atenuação de desequilíbrios ou desvantagens econômicas, auxílio de indivíduos ou grupos em desvantagem e contri-buição para a eliminação da violação de direitos civis ou obtenção de oportunidades iguais²⁷.

Portanto, a Suprema Corte canadense vêm submetendo a constitu-cionalidade das ações afirmativas à análise do fator de diferenciação e à correspondência entre este e a distinção implantada²⁸, a partir do conceito daquela como “termos e condições impostos em benefício de grupos que sofrem desvantagens econômicas e sociais, normalmente como resultado de discriminação passada, e destinados a auxiliá-los a alcançar igualdade com outros segmentos da população são denominados programas de ação afirmativa”²⁹.

²⁶ PEIRCE, Michael. "A Progressive Interpretation of Subsection 15 of the Charter" in **Saska-tchewan Law Review**, nº 57, 1993, p. 263-323.

²⁷ JURIAN SZ, Russel. "Recent Developments in Canadian Law: Anti-Discrimination Law" in **Ottawa Law Review**, nº 19, 1987, p. 667-687.

²⁸ COATES, Mary Lou. **Employment Equity: Issues, Approaches and Public Policy Framework**. 1a ed. Kingston: Queen's University, 1986. V., também: ABELLA, Rosalie Silberman. **Employment Equity: Implications for Industrial Relations**. 1a ed. Kingston: Queen's University, 1987.

²⁹ Robert William Latimer v. Her Majesty the Queen in Right of Saskatchewan (Criminal, case 26.980). V., também: Delwin Vriend et alii v. Her Majesty the Queen in Right of Alberta et alii (Civil, case 25.285).

5.3 – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O vocábulo “ações afirmativas” foi introduzido no **Executive Order** nº 10.925/63, pelo qual, nos contratos celebrados com o governo federal, “o contratante não pode discriminar nenhum funcionário ou candidato a emprego devido à raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante deve adotar *ações afirmativas* para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração de sua raça, credo, cor ou nacionalidade. Essa ação inclui, 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”³⁰.

Neste sentido, a partir da consideração de que as ações afirmativas são classificadas em políticas ou programas resultantes da iniciativa privada (**Voluntary Affirmative Action Plans**), assim como do Poder Executivo (**Federal Affirmative Action Plans**) e Poder Judiciário (**Court-ordered Affirmative Action Plans**), como exsurge do *Weber case*³¹, bem como do *Fullilove case*³² e *Paradise case*³³, as medidas de implementação do princípio da igualdade de oportunidades na admissão de grupos sociais em instituições de ensino superior foram delineadas pelo **Bakke case**, referente ao sistema de cotas da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis, segundo o qual 16% (dezesesseis por cento) das vagas do curso de ensino superior seriam destinadas a estudantes pertencentes a minorias, e pelo **Bollinger case**, relativo ao sistema de pontuação da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, segundo o qual 20 (vinte) pontos seriam conferidos a determinadas minorias, até o limite de 150 (cento e cinquenta) pontos.

Sem embargo, a partir da constatação de que a Supreme Court of the United States, quanto aos litígios que envolvem direito de minorias, recorre a *tests*, prévia e discricionariamente formulados pelo órgão para cada tipo de matéria submetida à apreciação judicial, a controvérsia, em

³⁰ MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88. V., também: GOMES, Joaquim Benedito Joaquim. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos Estados Unidos da América**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 58.

³¹ *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 US 193 (1979).

³² *Fullilove v. Klutnick*, 448 US 448 (1980).

³³ *United States v. Paradise*, 480 US 149 (1987).

ambos os **leadings cases**, dizia respeito ao *standart* a ser empregado no julgamento da lide, principalmente as técnicas jurisdicionais designadas como **rational basis test** – que impele um legítimo interesse governamental, racionalmente relacionado à política –, **intermediate scrutiny** – que impõe um significativo interesse governamental, substancialmente relacionado ao projeto – e **strict scrutiny test** – que impescinde um imperativo interesse governamental (**compelling governmental interest**), explicado por uma finalidade social, que deflui do imperativo de redução das desigualdades sociais, e outra finalidade educacional, que decorre da importância da diversidade racial no corpo discente, e um programa estritamente desenhado para a satisfação do interesse em jogo (**narrowly tailored**), explicitado pela limitação do projeto de integração social de setor desfavorecido a certo propósito e intervalo de tempo, evitada a sua utilização indiscriminada, tendo sido demonstrada a impossibilidade de consecução daquele sem a implantação deste (**minorities must not be able to pursue that goal adequately without them**), de maneira a exteriorizar o nexo de causalidade entre a desigualdade social e o programa de integração da minoria destinatária das ações afirmativas.

O caso **Regents of the University of California v. Bakke** permitiu que a Suprema Corte estadunidense firmasse jurisprudência no sentido da submissão dos programas ou políticas que envolvam direitos das minorias ao **strict scrutiny test**, sendo manifesto que o Tribunal havia utilizado o critério de escrutínio estrito para reconhecer a validade de norma jurídica que envolvesse direito de minorias em duas oportunidades, como demonstram o **Hirabayashi case**, no qual foi declarada a constitucionalidade do programa de restrição da liberdade de locomoção de nipo-americanos³⁴, e o **Korematsu case**, no qual foi declarada a constitucionalidade do programa de relocação de americanos de descendência japonesa durante a Segunda Grande Guerra Mundial³⁵. A propósito, o Justice Lewis Powell Jr., em voto proferido nos autos do processo acerca do sistema de cotas da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis, assegurou que “todas as restrições legais que cerceiam os direitos civis de um grupo racial singular são imediatamente suspeitas. Isso não significa que todas essas restrições sejam inconstitucionais. Significa sim que a Corte Suprema deve submetê-las ao mais rigoroso exame”³⁶.

³⁴ Hirabayashi v. United States, 320 US 81 (1943).

³⁵ Korematsu v. United States, 323 US 214 (1944).

³⁶ Regents of the University of California v. Bakke 438 US 265 (1978).

O caso **Jennifer Gratz et alii v. Lee Bollinger et alii** possibilitou que a Suprema Corte norte-americana fixasse jurisprudência no sentido *da possibilidade de utilização do critério racial na admissão em instituições de ensino superior, ao lado de outros fatores de diferenciação de tratamento, desde que sejam levadas em consideração as circunstâncias individuais de cada postulante*, sob pena de violação da XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos (***equal protection clause***), sendo notório que o Tribunal têm adotado posição restritiva em relação às ações afirmativas, como denotam o **Croson case**, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de programa do Município de Richmond, que impunha aos contratantes com o Poder Público a obrigação de repassar, nas subcontratações, 30% (trinta por cento) das verbas destinadas para projetos financiados pelo Governo Federal, em favor das **Minority Business Enterprises**³⁷, e o **Hopwood case**, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do programa da Universidade do Texas, que instituía o **Law School's Affirmative Action Plan**³⁸. A respeito, a *Justice* Sandra Day O'Connor, em voto prolatado nos autos do processo sobre o sistema de pontuação da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, assinalou que "a Constituição não proíbe a utilização de critério racial em programas de admissão em instituições de ensino superior, estritamente desenhados para a satisfação de imperativo interesse governamental, traduzido pela obtenção dos benefícios educacionais proporcionados pela diversidade do corpo discente, tendo em vista que a efetiva participação dos membros de todos os grupos étnicos e raciais na vida cívica é essencial para a consecução do sonho de uma nação americana"^{39 40}.

5.4 – BRASIL

As políticas de ações afirmativas estão lastreadas em algumas normas veiculadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, como também pela legislação ordinária de todas as entidades federativas.

³⁷ City of Richmond v. J. A. Croson Company, 488 US 469 (1989).

³⁸ Hopwood v. Texas, 116 S.Ct. 2581 (1996)

³⁹ Jennifer Gratz et alii v. Lee Bollinger et alii, 539 US 234 (2003).

⁴⁰ GREENE, Kathanne. **Affirmative Action and Principles of Justice**. 1a ed. New York: Greenwood, 1989 e EDLEY, Christopher. **Affirmative Action and American Values**. New York: Hill and Wang, 1996. V., também: DRUMBL, Mark. "Affirmative Action in Question" in **Review of Constitutional Studies**, nº 4, 1997, p. 80-123 e DWORKIN, Ronald. "The Court and the University" in **The New York Review**, 15.05.2003, p. 8-11.

5.4.1 – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A *fundamentação constitucional* das ações afirmativas deflui do art. 3º, incs. I, III e IV, segundo o qual a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, seriam objetivos fundamentais da Federação, art. 4º, inc. VIII, segundo o qual o repúdio ao terrorismo e ao racismo seria princípio informativo das relações internacionais, art. 5º, inc. XLII, segundo o qual a prática de racismo seria crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, art. 7º, incs. XX e XXXI, segundo o qual a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, e a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência seriam direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, art. 23, incs. II e X, segundo o qual a prestação de saúde e assistência pública, a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência e o combate das causas da pobreza e dos fatores de marginalização, com a integração social dos setores desfavorecidos, seriam de competência administrativa comum entre os entes federativos, art. 24, inc. XIV, segundo o qual a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência seriam de competência legislativa concorrente entre as entidades federativas, art. 37, inc. VIII, segundo o qual o percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e os critérios de admissão seriam definidos em legislação ordinária federal, art. 170, inc. VII, segundo o qual a redução das desigualdades regionais e sociais seria princípio informativo da ordem econômica, art. 203, incs. IV e V, segundo o qual a habilitação e reabilitação, a promoção de integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal aos idosos e pessoas portadoras de deficiência que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família são objetivos da assistência social, art. 206, inc. I, segundo o qual a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola seria princípio informativo da educação, art. 208, inc. III, segundo o qual o atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, seria garantia das pessoas portadoras de deficiência, e art. 227, § 1º, inc. II, segundo o qual a criação de programas de prevenção e atendimento especializado e a integração social, mediante o treinamento para o trabalho e convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, inclusive com a eliminação de preconceitos e obstáculos arqui-

tetônicos, seriam diretrizes dos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes portadores de deficiência física, sensorial ou mental, entre outros, todos da Constituição da República ⁴¹.

5.4.2 – FUNDAMENTOS LEGAIS

A *fundamentação legal* das ações afirmativas decorre de atos legislativos produzidos por todas as unidades da federação, a exemplo da Lei federal nº 10.558/02, que instituiu o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afro-descendentes, a Lei estadual nº 3.708/01, que instituiu a cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negras e pardas no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), e a Lei municipal nº 2.325/95, que instituiu a cota de até 40% (quarenta por cento) para artistas e modelos negros na idealização e realização de comercial ou anúncio no Município do Rio de Janeiro. Outrossim, algumas ações afirmativas para o dispêndio de recursos financeiros e a admissão em instituições de ensino superior de minorias ou grupos sociais têm sido consagradas em atos administrativos, à luz do Decreto nº 3.228/02, que institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, tal como o “Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco e do Conselho Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico”, cujo objetivo é incentivar e apoiar o ingresso de afro-descendentes na carreira diplomática, por meio da concessão de bolsas-prêmio de vocação para a diplomacia, com o fim de custear os estudos preparatórios ao concurso de admissão à carreira de diplomata, e o “Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília”, que reserva 20% (vinte por cento) das vagas do vestibular para negros e índios durante um período de 10 (dez) anos, como também o “Projeto Afro-Ascendentes”, cujo objetivo é preparar, acadêmica e socialmente, jovens negros de comunidades carentes para o ingresso em universidades públicas ou privadas, e o “Programa de Pós-Graduação da Fundação Joaquim Nabuco”, que reserva 40% (quarenta por cento) das vagas da seleção para o curso de mestrado em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Governo para os afro-brasileiros ⁴², cuja validade deve ser aferida sob os ângulos formal e material.

⁴¹ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. “Óptica Constitucional. A Igualdade e as Ações Afirmativas” in **COAD Seleções Jurídicas**, nº 1, 2002, p. 33-36.

⁴² ROCHA, Cármen Lúcia. “Ação Afirmativa. O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica” in **Revista de Informação Legislativa**, nº 131, 1996, p. 283-295.

5.4.2.1 – CONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Sob o ângulo formal, considerando que as normas jurídicas que preceituam as ações afirmativas devem ser produzidas pelos órgãos competentes, por intermédio do procedimento adequado, a *repartição de competência no Direito Constitucional brasileiro* é dividida em dois planos. Com alusão à repartição de competências em plano horizontal, imanente à ordem jurídica norte-americana, há a distribuição de matérias distintas entre as entidades federativas, compreendendo as competências exclusivas e as competências privativas de cada unidade da federação, dado que aquelas são indelegáveis, ao passo que estas são delegáveis a outro ente estatal. Com atinência à repartição de competências em plano vertical, inerente ao ordenamento jurídico austríaco, há a distribuição de matérias idênticas entre as entidades federativas, contendo as competências comuns e as competências concorrentes entre todas unidades da federação, já que aquelas são cumulativas, pois a atividade dos poderes nacional, regional e local não são excludentes, ao passo que estas não são cumulativas entre os entes políticos, porque a atividade do poder nacional exclui a atuação supletiva dos poderes regional e local na elaboração de normas gerais, isto é, princípios que incidem uniformemente no território nacional, cabendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios complementá-las, mediante a elaboração de normas específicas, ou seja, regras que objetivam adaptar os princípios às necessidades e particularidades regionais e locais⁴³. Deveras, o art. 21 enumera a *competência exclusiva* da União, assim como o art. 22 expressa a *competência privativa* da União, enquanto que o art. 23 firma a *competência comum* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como o art. 24 fixa a *competência concorrente* entre a União, Estados e Distrito Federal⁴⁴, tendo salientado a mais autorizada doutrina que os Municípios são revestidos de competência concorrente, cumprindo-lhes a edição complementar de regras específicas e, na hipótese de inexistência de normas gerais, a elaboração supletiva de princípios, para

⁴³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988. O Equilíbrio Federativo" in **Temas de Direito Público**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 368-369.

⁴⁴ MOREIRANETO, Diogo de Figueiredo. "Competência Concorrente Limitada. O Problema da Conciliação das Normas Gerais" in **Revista de Informação Legislativa**, nº 100, 1988, p. 127 e BORGES, Alice Gonzalez. "Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos" in **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 16, 1996, p. 81.

o atendimento das necessidades e peculiaridades locais, com fulcro no art. 30, incs. I e II, todos da Constituição da República ⁴⁵.

Ante o exposto, somos do entendimento de que todas as entidades federativas dispõem de competência para legislar sobre as ações afirmativas, bem assim para implementar as políticas ou programas respectivos, de maneira a combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, com fundamento nos arts. 23, inc. X e 24, inc. XIV, ambos da **Lex Fundamentalis**. Por exemplo, embora o parecer elaborado pela Procuradoria-Geral da República, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.858, tenha opinado no sentido da inconstitucionalidade formal da cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negras e pardas no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), em decorrência da infringência da autonomia universitária, garantida no art. 207 da Constituição da República, na forma da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, temos que a norma inscrita no art. 1º da Lei estadual nº 3.708/01 é formalmente válida, na medida em que o Estado do Rio de Janeiro dispunha de competência para legislar sobre ações afirmativas na área da educação.

5.4.2.2 – CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Sob o ângulo material, considerando que as normas jurídicas que prescrevem as ações afirmativas constituem a expressão democrática mais atualizada da igualdade, sendo certo que todas as medidas restritivas de direitos fundamentais devem revelar-se adequadas, necessárias e proporcionais, o *princípio da razoabilidade* é fracionado em três sub-princípios, a saber: adequação – correlação lógica entre motivos, meios e fins, de modo que, em face de determinados motivos, devem ser providos meios, para a consecução de certos fins –, necessidade ou exigibilidade – intervenção mínima, vale dizer, a inexistência de meio menos gravoso para a obtenção do fim pretendido – e proporcionalidade – ponderação entre o encargo imposto e o benefício trazido.

A *doutrina* pátria, à semelhança da alemã e portuguesa, delimita o conceito de proporcionalidade, de sorte a viabilizar a aferição da constitucionalidade da ação afirmativa, *in textus*: “o princípio da razoabilidade

⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. "O Município: sua Evolução Histórica e suas Atuais Competências" in **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 1, 1992, p. 61-63 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Discriminação Constitucional de Competências Legislativas: a Competência Municipal" in **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Direito Administrativo e Constitucional**. 1ª ed., v. II. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 276.

pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos ('Geeignetheit') e a necessidade de sua utilização ('Notwendigkeit oder Erforderlichkeit'). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)"⁴⁶, "a limitação de direitos fundamentais, deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional no sentido estrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental"⁴⁷ e "o princípio da proporcionalidade (também chamado 'princípio da proibição do excesso') desdobra-se em três sub-princípios: a) princípio da adequação, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas deve revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); b) princípio da exigibilidade, ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa 'justa medida', impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos"⁴⁸.

A *jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal evoluiu do recurso ao princípio da razoabilidade de modo implícito, e até mesmo "inconsciente"⁴⁹, para a utilização do princípio da razoabilidade como parâmetro de validade dos atos emanados do Poder Público, de forma a embasar "tanto as decisões de invalidação de atos administrativos como as de pronuncia de inconstitucionalidade de leis"⁵⁰, como é revelado pelos v. arestos, *in*

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 68.

⁴⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed. Coimbra, 1993, p. 152.

⁴⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 192.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. "Entre a Lei e a Justiça: o Princípio da Razoabilidade no Direito Brasileiro" *in* **AMAERJ Notícias**, nº 41, 1998, p. 3.

verbis: “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, visto que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘détournement de pouvoir’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, bem assim, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado”⁵¹ e “eis aí outro fundamento igualmente suficiente para conduzir à invalidade da lei por ofensa ao princípio da razoabilidade. Eles servem, de um lado, não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar - ao menos provisoriamente - as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis, acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese - que não é de afastar - de que venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo”⁵².

Pelo fio do exposto, a constitucionalidade material das ações afirmativas é submetida à análise do fator de diferenciação de tratamento, como também à avaliação da correspondência entre este e a distinção implementada, ao teor do princípio da razoabilidade. Por exemplo, malgrado a cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negras e pardas no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF) tenha sido lastreada em fator de diferenciação de tratamento individualizado, comungamos da opinião de que a norma inserida no art. 1º da Lei estadual nº 3.708/01 é materialmente inconstitucional, uma vez que não apresenta correspondência entre aquele e a distinção implementada, de acordo com o princípio da razoabilidade, tendo as ações afirmativas na área da educação dado ensejo à “discriminação invertida” no acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, em desapreço à norma insertada pelo art. 208, inc. V da Constituição da República⁵³.

⁵¹ STF, RE nº 18.331, Rel. Min. Orozimbo Nonato, RF 145/164.

⁵² STF, ADIN nº 855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 01.10.1993.

⁵³ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro suspendeu a eficácia da norma veiculada pelo art. 2º da Lei estadual nº 3.524/00, que dispõe sobre os critérios de seleção e admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). TJRJ, RI nº 21/03, Rel. Des. Murta Ribeiro, J 14.04.2003. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 29.07.2003.

6 – CONCLUSÃO

Ex positis, as experiências do Brasil, Canadá, África do Sul e Estados Unidos da América revelam que “as ações afirmativas são as melhores armas contra a desigualdade”⁵⁴, de arte que “qualquer política ou programa pode ser compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido”⁵⁵. □

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **The Court and the University**. p. 11.

⁵⁵ GOMES, Joaquim Benedito Joaquim. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos Estados Unidos da América**. p. 106.