

ALGUMAS NOTAS REVISADAS SOBRE DEMOCRACIA, IGUALDADE E AÇÃO AFIRMATIVA

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva*

“Benjamin felt a nose nuzzling at his shoulder. He looked around. It was Clover. Her old eyes looked dimmer than ever. Without saying anything, she tugged gently at his mane and led him round to the end of the big barn, where the Seven Commandments were written. For a minute or two they stood gazing at the tarred wall with its white lettering.

‘My sight is falling,’ she said finally. ‘Even when I was young I could not have read what was written there. But it appears to me that that wall looks different. Are the Seven Commandments the same as they used to be, Benjamin?’

For once Benjamin consented to break his rule, and read out to her what was written on the wall. There were nothing there now except a single Commandment. It ran:

ALL ANIMALS ARE EQUAL

BUT SOME ANIMALS ARE MORE

EQUAL THAN THE OTHERS.”

(Animal Farm, George Orwell)

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As instituições humanas não são estáticas. Avançam e retrocedem. Transmudam-se e reorientam-se. Como o próprio ritmo do tempo que segue seu curso inexorável as sociedades humanas vão construindo seus laços e sistemas, como na metáfora da Grécia clássica, onde a mulher à noite desfazia o que era tecido durante o dia.

As idéias também seguem o mesmo destino, assumindo contornos e veiculando significados também em processo constante de mudanças, de tal forma que, muitas

vezes, a simples referência à expressão que designa a idéia a ser transmitida se revela incapaz de atingir seu objetivo. A multiplicidade de significados faz com que as categorias tenham se ser elucidadas, de modo a permitir uma adequada compreensão do discurso.

É nesse contexto que Democracia e Igualdade são algumas dessas idéias que, de momento, mais nos interessam e nos convidam à reflexão. Entretanto, em razão da proposta deste estudo, com suas naturais limitações, e a amplitude e profundidade do tema, é preciso estabelecer um fio condutor que objetive e direcione o esforço reflexivo.

Daí, então, a escolha da política de Ação Afirmativa, como interlocutora da Democracia e da Igualdade.

Há espaço, num ambiente democrático, para uma política de ação afirmativa? Ela está fadada ao alijamento por não mais atender a seus pressupostos igualitários?

São alguns dos questionamentos que nos servem de motivação.

2. A DEMOCRACIA E SEUS ADJETIVOS

Numa abordagem singela e mais ortodoxa, “ por democracia entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia” (Bobbio, 1995a:07). Entretanto, tal definição se mostra incapaz de revelar as sutilezas das construções teóricas que tratam da Democracia[1].

Nós vivemos na era da democracia, ou assim parece. O Socialismo estatal, que aparentava tão entrincheirado há apenas alguns anos atrás, sucumbiu na Europa Central e Oriental. A democracia parece estar, não só seguramente estabelecida no Ocidente, mas tem sido amplamente adotada, e, princípio além do Ocidente, como um modelo adequado de governo. Através das maiores regiões do mundo tem havido uma consolidação dos processos e procedimentos democráticos. [...] A estória da democracia desde a antigüidade até o presente parece por isso ter um final feliz. Em mais e mais países, os cidadãos-eleitores são, em princípio, capazes de buscar responsabilizar aqueles que tomam as decisões públicas, enquanto esses próprios representam os interesses de seus representados – o ‘povo’ num determinado território. Entretanto, a estória não se encerra com esses avanços. Embora a vitória de movimentos democráticos pela Europa Central e Oriental tenha sido um grande momento, como foi a transformação de regimes políticos em outros lugares, esses eventos deixaram sem solução muitas questões importantes do pensamento e prática democráticas. A democracia, como um ideal e como uma realidade política, é fundamentalmente contestada. Não apenas a história da democracia é marcada por interpretações conflitantes, mas também noções antigas e modernas se entrelaçam para produzir

entendimentos ambíguos e inconsistentes sobre os termos chave da democracia, entre os quais o significado adequado de ‘participação política’, a conotação de ‘representação’, o escopo das capacidades do ‘cidadão’ para escolher livremente as alternativas políticas, e a natureza da participação como membro de uma comunidade democrática. (Held, 1996:xi)[2]

Assim, como proposto por Held (1996), a Democracia hoje deve ser vista em termos de modelos[3], cada qual evidenciando contornos distintos do que seja esse ideal/sistema político, tão celebrado nesse fim de século, e ao mesmo tempo tão desafiado.

Entre as várias concepções de Democracia, adota-se, aqui, uma visão de democracia, não meramente instrumental, mas efetivamente participativa mediante o asseguramento da autonomia[4] (enquanto capacidade de autoreflexão e auto-determinação) – chamada, por Held (1996) de autonomia democrática (democratic autonomy) – onde “os indivíduos devem ser livres e iguais na determinação das condições de suas próprias vidas; ou seja, devem desfrutar de direitos iguais (e, em consequência, de deveres iguais) na especificação da estrutura que gera e limita as oportunidades a eles disponíveis, desde que não desenvolvam esta estrutura para negar os direitos dos outros” (Held, 1996:301)[5] [6] .

O princípio da autonomia, como adverte Held (1996) é um princípio de demarcação do poder legítimo e expressa uma preocupação com as especificações do consenso democrático, sendo necessários alguns esclarecimentos sobre seus elementos, que podem ser resumidos em quatro aspectos básicos.

1. A noção de que as pessoas devem usufruir de iguais direitos e obrigações na estrutura política que conforma suas vidas e oportunidades significa, em princípio, que elas devem usufruir de autonomia – isto é uma estrutura comum de ação política – de modo que elas sejam capazes de perseguir seus projetos, quer individual e coletivo, como agentes livres e iguais (cf. Rawls, 1985, pp. 245ff).

2.O conceito de ‘direitos’ tem o sentido de prerrogativa, prerrogativas para perseguir ação e atividade sem o risco de interferência injusta ou arbitrária. Direitos definem esferas independentes de ação (ou inação) . Eles habilitam – isto é, criam espaços para ação – e constrição – ou seja, especificam limites para a ação independente de modo que essa não encurtem ou infrinjam a liberdade dos outros. Assim, os direitos tem uma dimensão estrutural que concede tanto oportunidades como obrigações.

3. A idéia de que as pessoas devam ser livres e iguais na determinação das condições de suas próprias vidas significa que elas devam ser capazes de participar de um processo de debates e deliberações, aberto para todos em bases iguais e livres, sobre questões de interesse público. Uma decisão legítima, dentro dessa estrutura, necessariamente não

segue a decisão da “vontade de todos”, mas ao invés resulta do envolvimento de todos no processo (Manin, 1987, p. 352). Desta forma, o processo democrático resulta compatível com os procedimentos e mecanismos da regra da maioria.

4. A qualificação estabelecida no princípio – que direitos individuais demandam proteção – representa um apelo familiar ao governo constitucional. O princípio da autonomia especifica que tanto os indivíduos devam ser “livres e iguais” e que as “maiorias” não devam se impor aos demais. Devem haver arranjos institucionais que protejam a posição individual ou da minoria, v.g. regras constitucionais e garantias. (Held, 1996:302)[7]

Portanto, a democracia determina não apenas um direito ao autodesenvolvimento, mas também estabelece a limitação constitucional do poder distributivo. Contém-se a “liberdade do forte” de modo que a autoridade só se justifique se preserva e reconhece o princípio da autonomia[8]. “Institucionalizar o princípio da autonomia significa especificar direitos e deveres que devam ser substantivos, e não apenas formais.” (Giddens, 1996:204)

Para tanto,

[d]eve ser providenciado um fórum para o debate aberto. Democracia significa discussão, a oportunidade para que a “força do melhor argumento” seja preponderante, em contraposição a outros modos de se tomar decisões (das quais as mais importantes são as decisões políticas). Quando necessário, uma ordem democrática proporciona arranjos institucionais para a mediação, a negociação e o cumprimento dos compromissos. A conduta da discussão aberta é em si um meio de educação democrática: a participação no debate com os outros pode conduzir à emergência de uma cidadania mais esclarecida. De certa forma, tal consequência tem sua origem em uma ampliação dos horizontes cognitivos do indivíduo. Mas também deriva de um reconhecimento da diversidade legítima – ou seja, do pluralismo – e da educação emocional. (Giddens, 1996:204)

Por fim, a democracia enquanto autonomia,

[...] não é a meta em direção da qual marcham os que se libertam, nem pode por força maior reduzir-se ao respeito das regras do jogo político. Ela tem de ser uma força viva

de construção de um mundo tão vasto e diverso quanto possível, capaz de combinar tempos passados e futuros, afinidades e diferenças, capaz, sobretudo, de recriar o espaço e as mediações políticas, as únicas que nos podem permitir deter a decomposição de um mundo leva-do por um turbilhão de capitais e de imagens contra as quais se entrincheiram, numa identidade obsessiva e agressiva, os que se sentem perdedores nos mercados mundiais. A democracia não se dirige mais para um porvir radioso, mas para uma reconstrução de um espaço de vida pessoal e de mediações políticas que o protegem. (Touraine, 1997:103-2)

Por outro lado, não se pode dissociar a questão democrática da própria evolução do Estado.

As profundas transformações da sociedade, e especialmente dos Estados europeus, do século XIX, palco de intensas lutas sociais, motivadas pela crítica marxista, resultaram no surgimento de um novo Estado: o Estado Social, trazendo a reboque novos direitos, chamados de direitos sociais.

A feição do Estado, antes 'liberal', onde os direitos fundamentais de liberdade pessoal, política e econômica constituíam um limite à intervenção estatal, mudou para sempre: surgem os direitos sociais como consequência direta das lutas dos trabalhadores, representando direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social. A gradual interação do Estado com a sociedade civil acabou por alterar a sua forma jurídica, os processos de legitimação e a estrutura da Administração.

Com o desenvolvimento capitalista e adoção de novas tecnologias, associado à concentração de mão-de-obra nos centros urbanos, ao ascenso das classes trabalhadoras e ao aparecimento das doutrinas socialistas e da doutrina social cristã (de larga repercussão histórica), combinado com a universalização do sufrágio e organização dos partidos, além do crescente intervencionismo estatal nas relações privadas surge uma nova forma de Estado, o chamado Estado Social. (Taborda, 1998: 257)

As características dessa nova ordem estatal, entre outras, manifestam-se no pluralismo democrático[9], na redefinição do papel dos parlamentos, na adoção da fidelidade partidária, bem como na adoção de novos direitos fundamentais, que ao lado das liberdades públicas, asseguram um quadro de valores mínimos a serem perseguidos (bem-estar social e distribuição mais equitativa da riqueza).

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 através 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. (Taborda, 1998:257)

No Estado Social de Direito, cuida-se da proteção da autonomia da pessoa articulando-se direitos, liberdades e garantias em compromisso com o refazimento das condições materiais, mediante o reconhecimento e proteção dos direitos sociais.

3. IGUALDADE E AÇÃO AFIRMATIVA

Conforme já registrei em outra oportunidade, (Silva, 1999) a questão da igualdade - ou de sua falta - tem sido calcada de diversos modos em todas as formas de sociedade, atormentado o homem, desde tempos muito antigos. O problema das desigualdades (biológicas e psicológicas, por exemplo) inerentes ao ser humano, assim como a posição que ocupa na estrutura social, na qual se insere, tem fornecido material para reflexão e investigação, nas mais diversas áreas do conhecimento humano, e inclusive, gerado visões de mundo da mesma forma diferentes, que repercutem em organizações sociais e sistemas políticos distintos.

Entretanto, não se pretende, aqui, perseguir a trajetória da evolução da idéia de igualdade na consciência ocidental[10], mas sim examiná-la, especialmente, à luz do Estado Social, o que lhe permite assumir novos contornos. Porém, para uma compreensão mais ajustada é preciso retroceder, ainda que de forma breve, ao Estado Liberal.

Com a formação do Estado Liberal burguês a igualdade se viu reduzida a uma concepção puramente formal e tecnicista, restrita, basicamente, aos limites da ordem jurídica. Isto é, a igualdade era vista como um ideal a ser alcançado por todos os homens[11], mas se instrumentalizava apenas através da proibição de elaboração de leis que desigualasse os cidadãos ou que fossem aplicadas de forma desigual., sem que as preocupações com a desigualação, de fato, entre as pessoas fosse objeto de debate. A igualdade resumia-se no próprio exercício livre da autonomia da vontade (ainda que muitos não possuem condições materiais para esse exercício pleno).

Porém, a concepção liberal clássica da igualdade – bem expressa ideário da Revolução Francesa – revelou-se em descompasso com o Estado Social. A idéia tradicional de que a igualdade resume-se a uma dimensão formal, expressa na vedação de privilégios pessoais e na proibição da hierarquização das classes é insuficiente para realizar a igualdade em todas as suas potencialidades. E são as próprias desigualdades prevaletentes nas relações político, socioculturais travadas entre os membros da comunidade social que denunciam a falência da visão liberal de sociedade.

Paradoxalmente, porém, o avanço dos movimentos em prol da diminuição das injustiças sociais fez resultar o conflito, até hoje insolvido, entre a limitada noção da igualdade jurídica, que de acordo com sua origem liberal francesa preconiza não mais ou pouco

mais, que a abolição dos privilégios pessoais, e o desejo de igualdade real, isto é, de igualdade de fato entre os homens no meio social, conflito esse que passou a constituir tormento de todo regime político. (Siqueira Castro, 1983: 35-6)

Para Bobbio a evolução da compreensão da igualdade repercute diretamente na forma de Estado Social, conforme registra Taborda (1998:257).

[cuida-se] de articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social (...) Embora com projeção no plano do sistema político (com passagem do governo representativo clássico à democracia representativa), é no âmbito dos direitos fundamentais e no da organização econômica que mais avulta o Estado social de Direito.

Em linhas gerais, a igualdade, então, passa a ser vista sob outra ótica, como, por exemplo, termos de igualdade de chances ou de oportunidades, onde o foco de atenção recai sobre a noção de igualdade material ou substancial.[12]

A igualdade material é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida.

O princípio da Igualdade, ou melhor, do nivelamento das oportunidades aplica-se por isso à redistribuição do acesso a várias posições na sociedade e não à atribuição dessas mesmas posições. O problema é, pois, o de fazer combinar pessoas de dotes desiguais com posições que oferecem uma remuneração, um poder ou um prestígio desiguais. A solução é torná-las acessíveis a todos mediante a competição. Hipoteticamente, se a todos for dado um mesmo ponto de partida, a posição que enfim ocuparão dependerá exclusivamente da velocidade com que tiverem corrido e da distância alcançada.

O liberalismo clássico afirmava que a Igualdade de oportunidades é possível mediante a igual atribuição dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade e à propriedade”. Abolidos os privilégios e estabelecida a Igualdade de direitos, não haverá tropeços no caminho de ninguém para do a busca da felicidade, isto é, para que cada um, com sua habilidade, alcance a posição apropriada à sua máxima capacidade.

Mais tarde veio a reconhecer-se que a Igualdade de direitos não é suficiente para tornar acessíveis a quem é socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozam os indivíduos socialmente privilegiados. Há necessidade de distribuições desiguais para colocar os primeiros ao mesmo nível de partida; são necessários privilégios jurídicos e benefícios materiais para os economicamente desprivilegiados. Por isso, os programas head start, conquanto intrinsecamente inigualitários são extrinsecamente igualitários, já que levam a um nivelamento das oportunidades de instrução. (Oppenheim, 1995:604)

Entretanto, apesar da forte carga humanitária e idealista que essa igualdade traz consigo, até hoje, a experiência histórica das sociedades humanas, não logrou sua ampla realização[13].

Muitos são os fatores, aos quais se pode atribuir a inviabilidade prática da igualdade material: a constituição física do homem, ora frágil, ora forte; a multiplicidade da estrutura psicológica humana, ora inclinada à dominação, ora voltada para a submissão; a pluralidade de interesses, muitas vezes diametralmente opostas; o multiculturalismo; e as próprias estruturas políticas e sociais adotadas, que muitas das vezes, tendem a consolidar ou mesmos exacerbar das diferenças, ao invés de neutralizá-las ou ainda atenuá-las.

Porém, talvez se determinadas imposições sejam inarredáveis da vida humana, que impedem a realização ampla e total da igualdade material entre os homens, tal não significa, necessariamente, o desprezo e desconhecimento político-constitucional dessa manifestação igualitária[14].

Com efeito, por exemplo, nas democracias ocidentais, com contornos de Estado Social, o princípio da igualdade material tem assento nas Cartas Constitucionais. É justamente na disciplina da ordem social, cristalizando aqueles direitos chamados de segunda geração, eis que buscam assegurar o acesso de todo o povo a determinados bens - como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência e assistência sociais – que vislumbra-se a clara iniciativa de fomentar entre as pessoas maior igualdade material. Ainda que a eficácia social de tais normas seja passível de críticas já que os respectivos direitos consagrados tenham previsão nas chamadas normas de princípio programático, persiste a finalidade construir-se, mediante a ordem estatal, vias de maior acesso à igualdade material.

A propósito, embora não seja objeto direto desse estudo, não se pode deixar de registrar o pensamento do filósofo inglês John Rawls[15] sobre a questão da igualdade em razão da sua Teoria da Justiça, que se coloca como uma das mais influentes teorias contemporâneas sobre essa questão.[16]

[Rawls] aduziu que esta é equidade e igualdade de oportunidades, possuindo dois princípios gerais: o primeiro que toda pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente válido de iguais liberdades básicas que sejam compatíveis com um esquema similar de liberdades para todos; e o segundo, de que as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições. Em primeiro lugar, devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em igualdade de oportunidades; em segundo devem supor o maior benefício para os membros menos avantajados da sociedade. Em outras palavras, exige-se igualdade na repartição de direitos e deveres básicos, e mantém-se as desigualdades sociais e econômicas, como por exemplo, de riqueza e de autoridade, se são justas, isto é, se produzem benefícios compensadores para todos. Esta concepção é próxima daquela que baseia a igualdade na repartição dos

bens produzidos – a utilitarista -, mas com ela não se confunde, segundo a crítica que o próprio autor lhe faz, porque o utilitarismo não considera seriamente a distinção entre as pessoas. (Taborda, 1998:258)

Com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, se faz necessário, muitas vezes favorecer uns em detrimento de outros.[17]

Esse favorecimento tem recebido da doutrina uma nomenclatura variada, ora sendo chamada de discriminação positiva, ora de discriminação inversa ou ainda de ação afirmativa (*affirmative action*), na sua versão anglo-saxã.

Essa política de promoção da igualação tem se mostrado um tema vigoroso, candente, capaz de alinhar tanto defensores apaixonados, quanto críticos impiedosos. [18]

A discriminação inversa é uma manifestação extrema — e por isso especialmente discutida — de introdução de uma desigualdade como meio para conseguir uma maior igualdade como objetivo final. O que a diferencia de outras desigualdades para a igualdade não discutidas (ou, em todo caso muito menos discutidas), como a progressividade do imposto sobre a renda ou os auxílios especiais para jovens ou aposentados, são fundamentalmente as duas seguintes características: de um lado, se trata de um tipo de iniciativa que tem em conta traços tradicionalmente discriminatórios, como a raça, ou o sexo, com o objetivo de favorecer aos também tradicionalmente prejudicados, e de outro lado, se apresenta como especialmente problemática porque se aplica a situações de especial escassez, como podem ser os níveis profissionais de prestígio, os cargos políticos, as vagas nas universidades, os comércios protegidos, etc. Por essas duas razões, são problemáticas, por exemplo, a reserva de uma quota de 25 por cento para cargos femininos em determinados órgãos políticos ou o aluguel ou a venda de lojas a preços baixos para grupos de ciganos. (Miguel, 1996:79)[19]

São, desta forma, visando a redução de diferenças sociais - não menos justas do que as de épocas passadas - introduzidas discriminações artificialmente ou imperativamente, que de outro modo não existiriam. Como esclarece Bobbio, “[...] uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova desigualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”.(Taborda, 1998: 257-8)

É nesse contexto que o princípio da igualdade jurídica, a partir da década de 60, passa por uma remodelação constitucional. Deixando de lado uma visão de Estado neutral – “que aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor” (Gomes, 2001:39) - [20], altera-se a concepção de igualdade a ser adotada por um sistema normativo democrático: a igualdade passa a ser promotora da igualação. Portanto, revela-se assim a insuficiência da exigência formal de tratamento igual perante/na a lei como forma de alteração da composição do tecido

social das relações travadas em sociedade, assentado em bases culturais e tradições seculares de exclusão e dominação[21] .

Na verdade, quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental[22], em 4 de junho de 1965, na Howard University, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson se todos que se encontravam lá eram livres para competir com os demais membros da sociedade em igualdades de condições.

Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que se tornou conhecido, e posteriormente foi assim denominado pela Suprema Corte, como affirmative action[23] - movimento este que compromissou as organizações e instituições públicas e privadas com uma nova prática, no Direito, do princípio constitucional da igualdade. (Rocha, 1996)

A expressão ação afirmativa, foi utilizada pela primeira vez numa ordem executiva[24] federal norte-americana do mesmo ano de 1965, onde se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação dos grupos ditos minorias, desiguais social, e por extensão, juridicamente[25].

Desde então, ação afirmativa passou a significar a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.

Com efeito, a mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da ação afirmativa, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim nas entidades públicas e privadas.[26]

Hoje, como esclarece Gomes (2001:40):

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

Neste contexto, a concepção do que seja uma minoria, a ser protegida pela ação afirmativa, assume papel relevante. Para Rocha (1996:285):

Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, minoria no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se contam os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o número menor de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito, etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.

Assim, não só as pessoas físicas, exclusivamente, podem ser contempladas, mas inclusive pessoas jurídicas, pequenas empresas, empresas de propriedades de grupos minoritários étnicos ou raciais, discriminados de uma forma geral (como negros e mulheres) ou especial (orientais de alguns Estados), etc. ; isto é, todo um universo de excluídos e marginalizados passa a ser sujeito da ação afirmativa.

Não se teve, nem seria de se esperar que se tivesse, a erradicação do preconceito e o fim de todas as formas de discriminação nestes trinta anos de prática do princípio da igualdade jurídica concebido com a compreensão da ação afirmativa.

Mas se teve, e ainda se tem, a reversão do conceito jurídico do princípio da igualdade no Direito em benefício dos discriminados. De um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualdade jurídica. (Rocha, 1996: 286)

Isto não significa que se pretende, com a ação afirmativa, trocar os beneficiários de uma estrutura excludente, produzindo-se novas discriminações, agora em detrimento das majorias, que , “sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito.” (Rocha, 1996: 286)

Na verdade, a precisa medida dos planos e programas visando a ação afirmativa se verifica num contexto de razoabilidade, visando concretizar o mandamento constitucional, de modo que qualquer excesso acaba por representar violação à própria ordem constitucional. À guisa de incluir-se uns não se pode excluir os demais. Buscase, tão-só, com o manejo da ação afirmativa, através de um tratamento diferenciado, como por exemplo, mediante a implantação de quotas, que haja a introdução e absorção, na estrutura político-social, daqueles que de forma diversa restariam marginalizados.

A ação afirmativa – como dizem seus defensores – é um remédio necessário para fazer curar injustiças passadas e violações, e portanto, será temporário em sua prescrição (Walzer, 1995:283).

Explica-se melhor.

É importante salientar que não se quer ver produzidas novas discriminações com a ação afirmativa [...] Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas, ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir, etc., com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos, etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer, etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não-discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade. (Rocha, 1996: 286)

A ação afirmativa, tal como aplicada nos Estados Unidos, de onde partiu como fonte de outras experiências que vicejaram nas décadas de 70 e 80, é devida, em grande parte, à atuação da Suprema Corte.

O papel dessa Corte norte-americana no tema dos direitos humanos, sua responsabilidade pelo refazimento do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao princípio jurídico da igualdade têm sido considerados fundamentais, especialmente no período que se seguiu à 2ª Grande Guerra. [27]

Neste particular, o caso *University of California Regents v. Bakke*, de 1978, merece destaque. Muito embora a Corte tenha decidido que a política adotada, em específico, pela Universidade violasse a *Equal Protecting Clause*, restou assegurada a possibilidade de que o fator raça pudesse vir a ser considerado como critério de admissão nos cursos superiores, visando a produção da diversidade no corpo discente (Schwartz, 1993:325).

A propósito, votava, então, o Juiz da Suprema Corte Americana William Brennan pela constitucionalidade da fixação de assentos para minoria racial, porque compatível com a Equal Protecting Clause. Entendeu o julgador que:

[...] o objetivo de remediar os efeitos de discriminações sociais passadas seria suficientemente relevante para justificar o uso de programas de admissão [na universidade] baseados em fatores raciais, onde houvesse bases razoáveis que levassem a conclusão de que minorias subrepresentadas seriam substanciais e crônicas, e que o déficit causado por discriminações no passado estaria impedindo o acesso dessas minorias à escola médica. (citado por Rocha, 1996: 287-8)[28]

Nesse mesmo julgamento, pronunciava-se o Juiz Harry Blackmun: “A fim de superarmos o racismo, devemos primeiro tomar consciência da raça ... e a fim de tratar algumas pessoas igualmente, devemos primeiro tratá-las diferentemente.” (citado por Rocha, 1996: 288)[29]

Na verdade, deve-se ressaltar, que Bakke não representou uma autorização indiscriminada para a utilização da ação afirmativa, em qualquer circunstância, funcionando mais como um tempero adicionado pela Corte de Burger, no tema da igualdade.

[...] A não ser que houvesse prova de discriminação, ou um ato legislativo ou administrativo com tal finalidade, raça, como único critério de admissão nos empregos, foi considerado inválido, assim como foi em Bakke. Mas se adequadamente concebidos programas de ação afirmativa seriam sustentáveis. A decisão em Bakke de que raça poderia ser considerada como critério permitiu que a difusão dos programas de ação afirmativa continuasse. (Schwartz, 1993:325)[30]

Entretanto, se é bem verdade que a Corte Suprema foi arrojada em Bakke, a partir do final de década de 80 percebe-se um movimento de ataques a todos os tipos de programas baseados na ação afirmativa. Inclusive, hoje a posição assumida pela Corte ameaça a própria permanência da ação afirmativa. Conforme registra Katz (1999), embora ambos os presidentes Ronald Reagan e George Bush tenham tomado medidas bem tímidas para limitar a utilização da ação afirmativa, o impacto real de suas posições se fez sentir com a nomeação de quatro Justices para a Suprema Corte que ora se percebe bastante hostil às preferências raciais e quotas.[31] Entretanto, é na Califórnia, em 1996, com a promulgação da Proposition 209, como lei, que a ação afirmativa sofre um impacto de consideráveis proporções.

[Essa lei] proíbe o uso de “raça, sexo, cor, etnia, ou nacionalidade como um critério para a adoção de discriminação desfavorável; ou nacionalidade como um critério para a adoção de discriminação desfavorável ou para a adoção de tratamento preferencial para qualquer indivíduo ou grupo no que diz respeito ao sistema público de educação ou contratos públicos” , eliminação, assim, iniciativas de ação afirmativa de agências estatais. O impacto da Proposição 209 na Califórnia tem sido enorme e o número de negros na educação superior e o número de contratos locais e estaduais celebrados com empresas de proprietários negros já se encontram substancialmente reduzidos. Hoje, pelo menos vinte estados estão considerando legislações do tipo da Proposição 208. A ação afirmativa se tornou extremamente controversa nos Estados Unidos e de forma cristalina o ambiente político[32] no país se tornou mais céptico a respeito das preferências raciais e das quotas. [33] (Katz ,1999)

Num outro giro, muito embora a noção de ação afirmativa tenha surgido, ganhado forças e aplicação mais sistemática, nos Estados Unidos, em especial, em razão dos conflitos raciais da década de sessenta, a idéia da igualação pela desigualação também tem eco no Direito europeu continental sob a denominação de discriminação positiva.[34]

Para Mélin-Soucramanien (1997:206-7) a discriminação positiva pode ser definida como “[...]uma diferenciação jurídica de tratamento, criada a título temporário, na qual o legislador afirma, expressamente, o objetivo de favorecer uma categoria de determinadas pessoas físicas ou jurídicas em detrimento de outra, a fim de compensar uma desigualdade de fato preexistente entre elas.[35]

Neste diapasão, alguns critérios que permitam a identificação de uma discriminação positiva podem ser enumerados, devendo os mesmos estarem presentes, concomitantemente, para a regular admissibilidade da discriminação desejada.

São eles: a obrigatoriedade de diferenciação jurídica de tratamento; esta deve vir motivada e deve ser adotada de acordo com sua estrita finalidade de conceder uma vantagem a uma categoria determinada de cidadãos; esta categoria de cidadãos deve ter sido objeto de discriminações no passado; o legislador deve ter como meta o estabelecimento de uma igualdade de fato, de modo que as políticas discriminatórias devam cessar assim que essa igualdade é alcançada. (Mélin-Soucramanien ,1997: 207)[36]

As soluções adotadas pelo Direito Constitucional Europeu, ainda que mais comedidamente, têm admitido a possibilidade de discriminações positivas.

Verifique-se, por exemplo, a atuação da Corte Alemã que tem admitido a utilização de tal expediente, como forma de realização do mandamento igualitário, desde que ele não se revele arbitrário.

Neste diapasão, o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemão), em decisão de 28 de janeiro de 1987, julgou conforme à Constituição um dispositivo legislativo que previa que as mulheres poderiam se aposentar na idade de 60 anos, ao passo que os homens só se aposentariam aos 65 anos, sob o fundamento de que a diferença de tratamento seria necessária para compensar a dupla jornada a que estão submetidas: a de seus trabalhos assalariados e a familiar, como mães e donas de casa. Em outra oportunidade, em aresto de 28 de janeiro de 1992, o Tribunal declarou a constitucionalidade de uma discriminação positiva favorável às mulheres que consistia na proibição de trabalho feminino noturno, fundado no art. 3, alínea 2 da Constituição, reconhecendo a Corte que "... as desvantagens factuais que em geral sofrem as mulheres podem ser compensadas por normas que lhes assegure algumas vantagens." (Mélin-Soucramanien ,1997: 218)

Assim, a ação afirmativa se apresenta como um instrumento de superação da simples noção de que o princípio da igualdade jurídica se exaure na dicção da igualdade formal.

Ao revés, fornece instrumental teórico, para dar maior completude à igualdade jurídica que também prescreve igualdade material.

[...] a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para de promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos engravados 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 a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. (Rocha, 1996: 286)

Finalmente,

O conteúdo, de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa. Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que 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. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes de hoje. (Rocha, 1996: 288)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da Democracia se encontra imbricada ao tema da Igualdade de tal forma que não se pode vislumbrar, ainda que sob óticas diversas, um sistema democrático que desconsidere uma demanda por igualdade nas relações. Alguns mais, outros menos, mas ambas andam juntas. Por sua vez, é nessa interseção que a Ação Afirmativa vai buscar seu assento e legitimidade, almejando a realização de uma igualação entre as pessoas (igualdade material).

Desta forma, se a igualdade, considerada numa dimensão político- jurídica fosse apenas a vedação de tratamento discriminatório e o repúdio à criação e manutenção de privilégios (igualdade formal), o princípio se revelaria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais do Estado Social, no caso brasileiro, constitucionalmente selecionados e indicados, no art. 3º da Constituição Federal.

Se assim o fosse, doravante, na legislação a ser produzida e nos comportamentos regulados pelo Direito, estariam inviabilizadas e impedidas, apenas, as manifestações de preconceitos ou posições discriminatórias. Entretanto, questiona Carmen Lúcia Rocha (1996:289), como mudar, então, tudo o que se tem e se sedimentou na história política, social e econômica nacional? E a resposta assimila as possibilidades da ação afirmativa, pois “somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora, pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos”.

Portanto, o mandamento constitucional da igualdade tanto abriga a igualdade formal, vedando a criação de privilégios por adoção de tratamento diferenciado desarrazoado; bem como abriga a igualdade material, autorizando a adoção de discriminações positivas, que incidindo nas relações fáticas e concretas entre as pessoas buscam efetivar uma igualdade real.

As potencialidades da igualdade em nossa ordem democrática e o sistemático processo de desigualdades sociais e de exclusões lançam desafios e tensões a serem resolvidas, não só para a comunidade acadêmica e para os homens públicos, mas para cada um de nós que almejamos vivenciar uma “sociedade justa, livre e solidária”, promotora do bem

de todos “se preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

5. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993.

ALFORD, Robert. FRIEDLAND Roger. Los Poderes de la Teoria - Capitalismo, Estado y Democracia. Buenos Aires: Manatial, 1991.

BALLESTEROS, Maria Vittoria. Acciones positivas. Punto y aparte. Doxa. Alicante, 19: 91-109, 1996

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS Celso Ribeiro, GANDRA DA SILVA, Ives. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2.

BLACK, Henry Campbell. Black's law dictionary. 6. ed. abridged. St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1994.

BARKER, Paul (editor). Living as equals. New York: Oxford Univerty, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. Revista de Direito Público, São Paulo, n.78, p. 65-77, abr./jun. 1986.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 35-36, jan/mar. 1990.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 5.ed. Brasília: UnB, 1994.

. Direita e esquerda. São Paulo: Unesp, 1995.

_____. Liberalismo e democracia. 6.ed. São Paulo: Brasiliense,1995a.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTORIADIS, Cornelius. La democracia como procedimiento y como régimen. Juices para la democracia. [s.l.], 26:50-59, jul. 1996.

CHÂTELET, François et alli. História das idéias políticas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CLARO, João Martins. O princípio da igualdade. In: MIRANDA, Jorge (org.). Nos dez anos da Constituição. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1986. p. 31-38.

COHEN, Marshall. NAGEL, Thomas. SCANLON, Thomas. Equality and preferential treatment. Princeton: Princeton University, 1977.

DAHL, Robert. Um Prefácio à Teoria da Democracia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

DUMONT, Louis. Homo aequalis. Genése et epanouissement de l'idéologie économique. Paris: Gallimard, 1985.

. Homo hierarchicus: the caste system and its implications. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

. L'idéologie allemande. Homo aequalis II. France –Allemande et retour. Paris: Gallimard, 1991.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.

. Law's empire. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1986.

_____. Affirming affirmative action. The New York Review, 91-102, 22 out. 1998.

FARIA, Anacleto de Oliveira. Do princípio da igualdade jurídica. São Paulo: RT/EUSP, 1973.

GIDDENS, Anthony. A transformação da intimidade. São Paulo: UNESP, 1993.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUIBOURG, Ricardo A. Igualdad y discriminación. Doxa. Alicante, 19: 89-90, 1996.

HALL, Kermit L (ed. in chief). The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States. New York: Oxford University Press, 1992.

HELD, David. Models of democracy. 2.ed. California: Stanford, 1996.

JACQUES, Paulino. Da igualdade perante a lei. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

KATZ, Ellis. Political and constitucional aspects of affirmative action in the United States. Revista Jurídica Virtual. Disponível em: . Acesso em : 05, set. 1999.

LOBO TORRES, Ricardo. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MÈLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Paris: Economica, 1997.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Doxa. Alicante, 19: 39-86, 1996

OPPENHEIM, Felix. Igualdade. Dicionário de Política. 8. ed. Brasília: UnB, 1995. 1v

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.

RAWLS, John. A theory of justice. Oxford: Oxford University Press, 1980.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SCHWARTZ, Bernard. A history of the Supreme Court. New York: Oxford University Press, 1993.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Fernanda Duarte L.L. da. Os três modelos de democracia. Trabalho de conclusão da disciplina Teoria Política Contemporânea (como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1996.

_____. O princípio da igualdade: realidade ou ficção? Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas, área de concentração "Teoria do Estado e Direito Constitucional) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1999.

_____. Princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto . O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 64:89-107, out/dez.1979.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 131: 283-295, jul./set. 1996.

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

TOURAINÉ, Alain. Igualdade e diversidade. Bauru: EDUSC, 1998.

WALZER, Michael. Spheres of justice. New York: Basic Books, 1983.

WALZER, Michael, MILLER, David. Pluralism, justice and equality. New York: Oxford University, 1995.

[1] A sua própria evolução e generalização na ordem internacional vieram a contribuir para que o termo significasse muitas coisas diferentes, em contextos também diversos. Desta forma, a Democracia Popular, num Estado comunista tem contornos divergentes da Democracia Participativa, praticada num país de tradição liberal. Inclusive, alguns teóricos, acusam a vulgarização do termo, como o responsável por sua desvalorização e esvaziamento, sugerindo, até mesmo, que fosse adotado um outro termo, como por exemplo, poliarquia, como forma de resgatar seu conteúdo - já que invariavelmente a velha palavra 'Democracia' se encontra desgastada. Sobre essa questão ver Dahl (1989).

[2] No texto original: “ We live in the age of democracy, or so it seems. State socialism, which appeared so entrenched just a few years ago, has crumbled in Central and Eastern Europe. Democracy appears to be not only securely established in the West but also widely adopted in principle beyond the West as a suitable model of government. Through out the world’s major regions there has been a consolidation of -democratic processes and procedures. [...] The tale of democracy from antiquity to the present seems, therefore to have a happy ending. In more and more countries citizens-voters are, in principle, able to hold public decision-makers to account, while the decision-makers themselves represent the interest of their constituents - ‘the people’ in a delimited territory. However, the tale of democracy does not conclude with such developments. Although the victory of democratic movements across Central and Eastern Europe was of great moment, as was the transformation of political regimes in other places, these events have left unresolved many important questions of democratic -thought and practice. Democracy, as an idea and as a political reality, is fundamentally contested. Not only is the history of democracy marked by conflicting interpretations, but also ancient and modern notions intermingle to produce ambiguous and inconsistent accounts of the key terms of democracy, among them the proper meaning of ‘political participation’, the connotation of ‘representation’, the scope of ‘citizens’ capacities to choose freely among political alternatives, and the nature of membership in a democratic community.”

[3] Basicamente, Held (1996) apresenta quatro modelos-matrizes que deram origem às concepções atuais democráticas. Seriam eles: o modelo clássico ateniense; o modelo do republicanismo; a democracia liberal e a democracia direta (radical). Suas variantes principais seriam o elitismo e o pluralismo.

[4] “A idéia da autonomia vincula estas várias aspirações. Autonomia significa a capacidade de auto-reflexão e autodeterminação dos indivíduos: “deliberar, julgar, escolher e agir diante de diferentes cursos de ação possíveis”. É claro que neste sentido,

a autonomia não poderia ser desenvolvida enquanto os direitos e as obrigações estivessem intimamente vinculados à tradição e a prerrogativas estabelecidas da propriedade. Entretanto, uma vez que essas fossem dissolvidas, um movimento em direção à autonomia tornava-se mesmo tempo possível e visto como necessário. É virtualmente característica de todas as interpretações da democracia moderna uma preocupação opressiva com o modo como os indivíduos podem melhor determinar e regulamentar as condições de sua associação. As aspirações que compõem a tendência para a autonomia podem ser resumidas como um princípio geral, o ‘princípio da autonomia’.”[...] (Giddens ,1993: 202-3)

[5] No texto original: “persons should enjoy equal rights and, accordingly, equal obligations in the specification of the political framework which generates and limits the opportunities available to them; that is, they should be free and equal in the determination of the conditions of their own lives, so long as they do not deploy this framework to negate the rights of others.”

[6] Nesse mesmo sentido, Castoriadis (1996): “A democracia como regime é, portanto, o regime que busca, na medida do possível, realizar ao mesmo tempo a autonomia individual e coletiva e o bem comum como é concebido pela coletividade considerada”. No texto original: “La democracia como régimen es, por lo tanto, el régimen que intenta, en la medida en que sea posible, realizar al mismo tiempo la autonomía individual y colectiva y el bien común tal y como es concebido por la colectividad considerada.”

[7] No texto original: “1. The notion that persons should enjoy equal rights and obligations in the political framework which shapes their lives and opportunities means, in principle, that they should enjoy autonomy — that is, a common structure of political action — in order that they may be able to pursue their projects, both individual and collective, as free and equal agents (cf. Rawls, 1985, pp. 245ff).

2 The concept of ‘rights’ connotes entitlements, entitlements to pursue action and activity without the risk of arbitrary or unjust interference. Rights define legitimate spheres of independent action (or inaction). They enable — that is, create spaces for action — and constraint — that is, specify limits on independent action so that the latter does not curtail and infringe the liberty of others. Hence, rights have a structural dimension bestowing both opportunities and duties.

3 The idea that people should be free and equal in the determination of the conditions of their own lives means that they should be able to participate in a process of debate and deliberation open to all on a free and equal basis, about matters of public concern. A legitimate decision, within this framework, is not one that necessarily follows from the ‘will of all’, but rather one that results from the involvement of all in the process (Manin, 1987, p. 352). As such, the democratic process is compatible with the procedures and mechanisms of majority rule.

4 The qualification stated in the principle — that individual rights require protection — represents a familiar call for constitutional government. The principle of autonomy specifies both that individuals must be ‘free and equal’ and that ‘majorities’ should not be able to impose themselves on others. There must always be institutional arrangements to protect the individual’s or the minority’s position i.e. constitutional rules and safeguards”.

[8] “Não é bom propor um princípio de autonomia sem dizer algo a respeito das condições de sua realização. Quais são estas condições? Uma delas é que deve haver igualdade na indução dos resultados na tomada de decisão – na esfera política, isto é em geral buscado pela regra ‘cada pessoa, um voto’. As preferências expressas de cada indivíduo devem ter igual valor, estando sujeitas, em certos momentos, a qualificações tornadas necessárias pela existência da autoridade justificada. Deve haver também participação efetiva; deve-se proporcionar aos indivíduos os meios para que suas vozes sejam ouvidas.” (Giddens, 1996:203)

[9] “A luta política é não somente explícita, mas institucionalizada. Aceitando como fundamento do poder da coletividade em sua diversidade, esse regime põe freios à autoridade governamental. O poder deve ser encarado no sentido de que nenhuma equipe dirigente está instalada para sempre, que nenhum programa pode ser considerado definitivo, que toda política só é oficial provisoriamente. Essa abertura – ou melhor, essa disponibilidade – do poder é comandada por uma filosofia pluralista, que faz da oposição uma força tão legítima quanto os governantes do momento. Não somente todas as tendências e todos os interesses podem se expressar, mas todos têm a esperança de aceder ao governo e de utilizar suas prerrogativas segundo seus pontos de vista. (Georges Burdeau, ‘Démocratie’, Encyclopædia Universalis.)” (Châtelet, 1997:175).

[10] Essa trajetória da evolução da idéia de igualdade na consciência ocidental, apresenta registros desde os Pensadores da Grécia Clássica (como Sólon, Péricles, Platão e Aristóteles), passando-se pela Roma Antiga de Cícero e Ulpiano. Seguem-se a doutrina de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, o período Medieval e Renascentista, a concepção jusnaturalista até o pensamento dos contratualistas, chegando-se às portas do movimento constitucionalista moderno dos séc. XVIII e revolucionários do século XIX. Apenas à guisa de registro, é na Revolução Francesa que se formaliza a idéia jurídica de igualdade, inserta no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 [10] [10]. Posteriormente, com o movimento constitucionalista que graçou o mundo, o ideal de igualdade tomou lugar cativo nas Constituições modernas.

[11] Verifiquem-se as palavras de Jefferson: “Temos que essas verdades são auto-evidentes, que todos os homens são criados iguais; que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca

pela felicidade. Que, para assegurar esses direitos, os governos são instituídos entre os homens, derivando seus poderes justos do consentimento de seus governados; que toda vez que qualquer forma de governo se torne destrutiva para esses fins, é o direito do povo alterá-lo ou aboli-lo.” (Barker, 1996:01). No texto original “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these, are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that, whenever any form of government becomes de-structive of these ends, it is the right of the people to alter or abolish it ...”

[12] A doutrina costuma fazer uma distinção entre igualdade formal e igualdade material. A primeira é a tradicional concepção liberal-burguesa de igualdade (igualdade na lei e perante a lei, isto é, na elaboração e na aplicação), como já exposto acima. A igualdade material, também chamada de substancial, pretende a igualação entre as pessoas de fato. Para maiores discussões, verifique Silva (1999).

[13] Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva (1989:5), “no campo político-ideológico, a manifestação mais acendrada deste tipo de igualdade foi traduzida no ideário comunista, que procura ainda tradução na realidade empírica, na vida das chamadas democracias populares. Ainda aqui, entretanto, a procura da igualdade material não foi de molde a eliminar as efetivas desigualdades existentes na vida das sociedades sujeitas a tal regime.”

[14] Para Celso Ribeiro Bastos (1996:165) , “na área das democracias ocidentais, o princípio da igualdade material não é de todo desconhecido. Ele entra nas Constituições sob a forma de normas programáticas, tendentes a planificar desequiparações muito acentuadas na fruição dos bens, quer materiais ou imateriais. Assim é que, com frequência, encontramos hoje regras jurídicas voltadas a desfazer o desnivelamento radical ocorrido em alguns momentos históricos entre o capital e o trabalho. E muitos outros exemplos poderiam de citados, como igual direito ao acesso à instrução, à saúde, à alimentação etc.”

[15] “Porque o princípio da igualdade é vazio, recebendo o conteúdo emanado dos diversos valores e harmonizando-lhes as comparações intersubjetivas. A igualdade é o tema fundamental do constitucionalismo e penetra, como medida, proporção ou razoabilidade, em todos os valores e princípios, dando-lhes a unidade. Participa, portanto, das idéias de justiça, segurança e liberdade, sendo que no concernente a esta última, aparece tanto na liberdade negativa quanto na liberdade positiva, como condição da liberdade, a assegurar a todos a igualdade de chance (=liberdade para ou real). Na mais importante das formulações da igualdade do direito hodierna John Rawls a coloca na mesma equação com a liberdade, a justiça e a segurança, expressa nos seguintes

princípios: “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual à mais ampla liberdade básica compatível com a liberdade similar dos outros; segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser combinadas de forma que ambas (a) correspondam à expectativa razoável de que trarão vantagens para todos e (b) que sejam ligadas a posições e órgãos abertos a todos”. (Torres, 1995:266-7)

[16] Igualmente interessante é a noção de igualdade complexa desenvolvida por Walzer (1983, 1995). A propósito: “A distribuição de diferentes bens por diferentes razões, por agentes diferentes, deve produzir uma distribuição de diferentes bens para ‘diferentes pessoas’, antes de que nós possamos falar da igualdade complexa. A dominação, eu vejo agora, não é produzida apenas pelas convergências múltiplas de um único bem (embora seja assim a forma mais comum em que ela se dê hoje) mas também, de forma mais simples, pela posse dos bens mais valiosos, na medida em que eles se disponibilizam. A igualdade complexa é o oposto de ambas essas condições, é o igualitarismo manifesto num radical declínio na dominação de umas pessoas sobre as outras.” (Walzer, 1995:283) No texto original: “The distribution of different goods for different reasons by different agents must produce a distribution of different goods to different people before we can talk about complex equality. Dominance, I now see, is not produced only by the multiple conversions of a single good (though that is how it is commonly produced today) but also, more simply, by the possession of all the most valued goods, however they come to be possessed. Complex equality is the opposite of both these conditions, its egalitarianism manifest in a radical decline in the dominance of some people over the others.”

[17] “Deve ser enfatizado que a democracia não necessita de uniformidade, como freqüentemente têm declado os seus críticos. Ela não é inimiga do pluralismo. [...] A democracia é inimiga do privilégio, quando este é definido como a manutenção de direitos ou bens aos quais o acesso não é fácil nem igual para todos os membros da sociedade.” (Giddens, 1996:205)

[18] À guisa de exemplo, apenas na comunidade norte-americana verificuem-se as obras disponíveis sobre a questão, ora colacionadas. BOWEN, William G., BOK, Derek. The shape of the river: long-term consequences of considering race in college and university admissions. USA: Princeton University, 1998. EDLEY JR., Christopher. Not all black and white: affirmative action and American values. USA: Noonday, 1998; CHAVEZ, Lydia. The color bind: the campaing to end affirmative action. USA: Univ. California Press, 1998; GUERNSEY, Joann Bren. Affirmative action: a problem or a remedy. USA: Lerner Plublications Company, 1997; BECKWITH, Francis J. e JONES, Todd E. (editors). Affirmative action: social justice or reverse discrimination. USA: Prometheus Books, 1997; BERGMAN, Barbara R. In defense of afirmative action. USA: Hapercollins, 1997; CAPLAN, Lincoln. Up against the law: affirmative action and the Supreme Court. USA: Twenteith Century Fund., 1997; COLE, Cheryl L. e MESSNER, Michael A. (editors). Managing gender: affirmative action and organizational power in Australian, Canadian and New Zealand sport (sport, culture and

social relations). USA: State University of New York, 1997; SKRENTNY, John David. The ironies of affirmative action: politics, culture and justice in America. USA: University of Chicago, 1996; CURRY, George E. e WEST, Cornel (editors). The affirmative action debate. USA: Perseus, 1996; WASBY, Stephen L. (editor). The constitutional logic of affirmative action. USA: Duke University, 1996; McWHIRTER, Darien A. The end of affirmative action: where do we go from here? USA: Birch Lane Press, 1996; e, COHEN, Carl. Naked racial preference : the case against affirmative action. USA: Madison Books, 1995.

[19] No texto original: “La discriminación inversa es una manifestación extrema —y. por ello especialmente discutida— de introducción de una desigualdad como medio pa-para conseguir una mayor igualdad como objetivo final. Lo que la diferencia de otras desigualdades para la igualdad no discutidas (o, en todo caso mucho menos discutidas), como la progresividad del impuesto sobre la renta o las ayudas especiales para jóvenes o jubilados, son fundamentalmente las dos siguientes características: de un lado, se trata de un tipo de iniciativa que tiene en cuenta rasgos tradicionalmente discriminatorios, como la raza o el sexo, si bien con el objetivo de favorecer a los también tradicionalmente perjudicados. y de otro lado, se presenta como especialmente problemática porque se aplica en situaciones de especial escasez, como suelen ser los niveles profesionales de prestigio, los cargos políticos, las plazas universitarias, las viviendas protegidas, etc. Por esas dos razones, son problemáticas, por ejemplo, la reserva de una cuota del 25 por ciento para cargos femeninos en determinados órganos políticos o el alquiler o la venta de viviendas a bajo precio a colectivos de gitanos.”

[20] “A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: não intervenção em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. No campo do Direito, tais idéias tiveram e continuam a ter conseqüências relevantes, especialmente no que diz respeito à postura do Estado em relação aos diversos grupos componentes da Nação, em como no que concerne à interação desses grupos entre si. De especial importância, nesse sentido, é o tratamento jurídico do problema da igualdade. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seriam assegurados a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo.” (Gomes, 2001:36)

[21] “Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, a certeza de que proclamações jurídicas por si sós, revistam elas a forma de dispositivos constitucionais ou de normas de inferior hierarquia normativa, não são suficientes para

reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do status de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, o reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao contrário, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica.”(Gomes, 2001: 37)

[22] Ver, por exemplo, o art. 1o. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 e Seção I da Declaração de Direitos da Virgínia de 16 de junho de 1776.

[23] “Inicialmente, as Ações Afirmativas se definiam como um mero ‘encorajamento’ por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho.” (Gomes, 2001:39)

[24] A ordem executiva, em nosso ordenamento, seria equivalente ao decreto de execução. Para maior precisão conceitual, segundo Black’s Law Dictionary (1994) : “Executive order – an order or regulation issued by the President or some administrative authority under his direction for the purpose of interpreting, implementing, or giving administrative effect to a provision of the Constitution or of some law or treaty. To have the effect of law, such orders must be published in the Federal Register.” Em vernáculo: “Ordem executiva - ordem ou regulamento, baixado pelo Presidente or por autoridade administrativa, sob sua direção, com a finalidade de interpretar, implementar ou atribuir efeito administrativo a uma determinação da Constituição, de lei ou tratado. Para ter efeito de lei, tais ordens devem ser publicadas no Registro Federal”.

[25] “[...] lá por volta do final da década de 60 e início dos anos 70, talvez em decorrência da constatação de ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto [ação afirmativa], que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais.” (Gomes, 2001:40)

[26] Vale ressaltar que ação afirmativa não é sinônimo de política de quotas. A rigor, “a desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se iniciado no Brasil de maneira equivocada. Confunde-se ação afirmativa com sistema de cotas. Em realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ação afirmativa. [...] a jurisprudência americana tem sérias restrições às chamadas ‘cotas cegas, isto é, aquelas instituídas aleatoriamente, sem o propósito de corrigir uma injustiça precisa, que é a própria razão de existência das políticas de ação afirmativa. No Brasil, infelizmente, os poucos projetos de lei de ação afirmativa já apresentados ao Congresso Nacional incorrem nesse erro.” (Gomes, 2001:40)

[27] Para uma abordagem evolutiva da jurisprudência da Suprema Corte Americana consultar Melin-Soucramanien (1997: 211-5) e Schwartz (1993:325)

[28] No texto original: “ articulated purpose of remedying the effects of past societal discrimination (is) sufficiently important to justify the use of race-conscious admissions programs where there is a sound basis for concluding that minority underrepresentation is substantial and chronic, and that the handicap of past discrimination is impending access of minorities to medical school.”

[29] No texto original : “In order to get beyond racism we must first take account of race ... and in order to treat people equally we must first treat them differently...”

[30] No texto original : “Bakke has consequently meant anything but the end of programs providing for racial preferences. On the contrary, the later Burger Court decisions built upon Bakke in dealing with such programs. Unless there was proof of purposeful discrimination or a legislative or administrative finding to that effect, race as the sole determining factor in employment decisions was ruled invalid, as it was in Bakke itself. But properly tailored affirmative action programs were upheld. The Bakke decision that race may be considered as a factor has permitted the widespread use of affirmative action programs to be continued.”

[31] Por exemplo, em 1989 a Suprema Corte invalidou um programa da cidade de Richmond (Virgínia) que separava trinta por cento dos contratos municipais para serem realizados com empresas cujos proprietários fossem parte de minorias. A fundamentação da Corte se baseou no fato de que não havia evidências de que a cidade de Richmond houvesse alguma vez perpetrado discriminações passadas contra essas minorias sob o aspecto negocial, e portanto, legislações que garantissem preferência para empresas de proprietários negros, em detrimento de empresas de proprietários

brancos violam o princípio da equal protection estabelecido na 14ª Emenda. E , em *Hopwood v. Texas* (1996), a Corte confirmou uma decisão de um tribunal distrital (US District Court) que havia invalidado todas as iniciativas de ação afirmativa realizadas pela Universidade do Texas (Katz, 1999).

[32] Para uma compreensão das críticas formuladas à ação afirmativa vale a pena verificar as referências indicadas na nota nº 18 e o texto de Dworkin (1998). Entretanto, para que este aspecto não fique a descoberto, em geral, as objeções formuladas à ação afirmativa apresentam os seguintes argumentos: o primeiro deles, e talvez, o mais forte, é que a ação afirmativa julga as pessoas a partir de sua raça, e não por seus méritos; o segundo , é que a política de quotas pode levar à seleção daquelas pessoas mais despreparadas; terceiro, a ação afirmativa teria aumentado os ressentimentos entre branco e negros, instigando o ódio racial;e, quarto, a ação afirmativa acaba por prejudicar os negros, enfraquecendo-lhes a auto-estima. (Katz, 1999).

[33] No texto original: “Even more important perhaps, is Proposition 209 enacted into law by California voters in 1996. The initiative prohibits the use of 'race, sex, color, ethnicity, or national origin as a criterion for either discriminating against, or national origin as a criterion for either, discriminating against, or granting preferential treatment to, any individual or group in the operation of the state's system of public education, or public contracting', thus eliminating all affirmative action efforts by state agencies. The impact of Proposition 209 in California has been enormous and the number of blacks in higher education and the number of state and local contracts awarded to black owned business have already been reduced substantially. Today, at least twenty states are considering Proposition 20-type legislation. Affirmative action has become increasingly controversial in the United States and clearly the political mood of the country has become more skeptical of racial preferences and quotas.”

[34] Ao abordar o tema, Mélin-Soucramanien (1997:206-7), já de início reconhece que definir a noção de discriminação positiva é uma tarefa das mais árduas, a começar por um questionamento de natureza terminológica e semântica. É que hoje o termo discriminação tem um significado pejorativo que se contrapõe à qualificação de positiva, sugerindo ambigüidade. Ademais, se torna de extrema dificuldade, estabelecer a priori qual discriminação seria positiva, e qual seria negativa, sem que se leve em conta a intenção do legislador ao estabelecer uma distinção favorável a uma certa categoria de pessoas (física ou jurídica) – o que resulta em um alto grau de subjetividade.

[35] No texto original: “[...] une différenciation juridique de traitement, créé à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales ou d'être au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles.”

[36] No texto original: “Dès lors, plusieurs critères permettant d’identifier une discrimination positive peuvent être énumérés: il faut qu’il y ait une différenciation juridique de traitement; celle-ci doit être finalisée, elle doit avoir été adoptée dans le but précis d’accorder un avantage à une catégorie déterminée de citoyens; cette catégorie de citoyens doit avoir fait l’objet de discriminations par le passé; le but de l’ ‘autorité normative doit être de parvenir à établir une égalité de fait ce qui implique que ces politiques discriminatoires cessent lorsque l’égalité est rétablie.”

Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 28.10.2003.

*Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, Mestre em Direito Constitucional pela PUC/RJ, Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/RJ e Juíza Federal da 3º Vara Federal de Execuções Fiscais/SJRJ

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Algumas notas revisadas sobre Democracia, Igualdade e Ação Afirmativa.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=102> Acesso em 07 de agosto de 2006.