



**AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO  
CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NO ÂMBITO DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO.<sup>1</sup>**

José Carlos Evangelista de Araújo<sup>2</sup>

Adriana Strasburg<sup>3</sup>

**RESUMO:** O Estado nacional moderno em sua evolução conflitiva e contraditória conduziu a uma ampliação progressiva do processo de democratização das instituições e de reivindicações de natureza igualitária como pressuposto de sua legitimação política. Mais recentemente, no âmbito do Estado Democrático Social de Direito, estes avanços decorreram, em boa parte, da vinculação dos poderes estatais, por expressa exigência constitucional, a políticas públicas orientadas para a redução de todas as formas de desigualdade - “constitucionalismo dirigente”. Práticas igualitárias, como manifestação de uma justiça política por meio da qual se aspira legitimar uma dada concepção de estatalidade, foram uma constante desde a formação da *polis* grega, como foi exposto por Platão e Aristóteles, tendo sido retomadas no pensamento moderno por autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Marx e Rawls. Este último forneceu em sua “teoria da justiça como equidade”, elementos suplementares para

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi produzido a partir das reflexões elaboradas em torno da dissertação de mestrado intitulada “Estado Democrático Social de Direito em face do Princípio da Igualdade e as Ações Afirmativas”, defendida por um dos autores perante a PUC-SP, sob orientação da Prof. Dra. Maria Garcia, no primeiro semestre de 2007.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Professor de Direito Constitucional e Filosofia da UniCOC de Ribeirão Preto-SP. Professor de Direito Administrativo da FACAMP de Campinas-SP. **Currículo Lattes:** <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4784499Z4>

<sup>3</sup> Graduada em Direito pelas Faculdades de Campinas (FACAMP). Graduada em Sociologia pela UNICAMP. Mestre e Doutora em Economia do Trabalho pela UNICAMP.

**Currículo Lattes:** <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4750704Y4>



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

a compreensão e fundamentação de novas modalidades de intervenção estatal, na forma de políticas públicas comumente denominadas por “ações afirmativas”. A partir dessas reflexões, a “igualdade perante a lei” (“formal”) deixou patente sua insuficiência em relação à correção de distorções decorrentes de práticas pretéritas, demandando “igualdade através da lei” (“material”). A Constituição de 1988 recepcionou o princípio da igualdade na sua acepção material e, por meio dele, autoriza e requer a promoção de políticas públicas baseadas em ações afirmativas. No entanto, admitida a sua “constitucionalidade em geral”, discute-se a delimitação do seu alcance e dos parâmetros jurídico-normativos para a sua apreciação judicial e para a fundamentação e verificação intersubjetiva dos mecanismos adequados para o seu controle. Isto no âmbito do chamado *substantive due process* e sob a perspectiva de estruturas normativas específicas, aqui denominadas por “postulados normativos de aplicação”.

**PALAVRAS E EXPRESSÕES-CHAVE:** Estado Democrático Social de Direito. Princípio da Igualdade. Ações Afirmativas. Justiça Substancial. Controle de Constitucionalidade. Legitimidade Política.

**SUMÁRIO:** 1) Gênese e evolução jurídico-política do Estado Moderno; 2) O processo de institucionalização do Estado Democrático Social de Direito; 3) Estado Democrático Social de Direito no âmbito de uma “sociedade periférica”; 4) Algumas reflexões filosóficas acerca do desenvolvimento do “princípio da igualdade”; 5) O princípio da igualdade na perspectiva proposta para o Estado Moderno; 6) Ações Afirmativas: conceito e aspectos gerais; 7) Origens históricas do conceito e prática das ações afirmativas; 8) Ações afirmativas perante a Suprema Corte dos EUA; 9) Ações Afirmativas no âmbito da Ordem Jurídica Internacional; 10) As ações afirmativas na perspectiva da sociedade brasileira; 11) Ações Afirmativas e Multiculturalismo; 12) O Estado Democrático Social de Direito no âmbito da Constituição Federal de 1988; 13) Ordem jurídico-normativa e “reflexividade constitucional”; 14) Fundamentos normativos para a promoção



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

de ações afirmativas no contexto da Constituição Federal de 1988; 15) Normas infra-constitucionais instituidoras de ações afirmativas no contexto da ordem jurídica brasileira; 16) A natureza jurídica coletiva dos interesses tutelados por políticas públicas promotoras de ações afirmativas; 17) Parâmetros normativos para o controle jurisdicional de políticas públicas promotoras de ações afirmativas; 18) Parâmetros dogmático-normativos para a concretização do sentido substancial do princípio do devido processo legal; 19) Postulados normativos aplicativos no âmbito da teoria da norma jurídica: uma apreciação crítica; 20) A dinâmica operatória dos postulados normativos aplicativos; 21) Contribuições da dogmática jurídico-constitucional para o debate acerca da conveniência e limites para as ações afirmativas; 22) As ações afirmativas e a cultura “politicamente correta”.

***1. Gênese e evolução jurídico-política do Estado moderno:***

Em sua marcha evolutiva, o Estado moderno apresentou múltiplas faces. Trata-se de concepções jurídico-políticas específicas que foram se constituindo e se institucionalizando como decorrência das formas particulares de desenvolvimento das relações sociais de produção e das forças produtivas. Dada à natureza superestrutural do Direito, em especial do Direito Constitucional, as formas jurídico-estatais que ele institui procuram acomodar no interior de uma determinada ordem política os interesses e as demandas dos agentes sociais mais proeminentes em cada contexto histórico específico. Quando tais interesses não podem mais ser acomodados, bem como quando novos interesses surgem sem que seja possível integrá-los no arranjo institucional existente, a concepção jurídico-política em vigor é substituída por outra mais apta a fazê-lo – seja por processos institucionalizados de reforma ou pela via da revolução, por expressa convocação do poder constituinte originário.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

É nesse sentido que entendemos o permanente movimento de transmutação do Estado moderno. De início, o Estado nacional-absolutista surge para viabilizar, por meio da centralização política e administrativa, militar e financeira, a transição do modo de produção feudal para o capitalismo mercantil. Apoiado financeiramente pela burguesia em ascensão, buscou acomodar os interesses do clero e da nobreza ao mesmo tempo em que se associou por diversos mecanismos à grande empresa mercantil através da exploração colonial. No entanto, com a consolidação do poder econômico da burguesia e o arrefecimento dos conflitos religiosos na Europa, o delicado equilíbrio que o mantinha se desfez e ele acabou por sucumbir diante do ímpeto revolucionário burguês.

Da mesma forma, o Estado liberal-individualista que o sucedeu encontrou a sua principal razão de ser no incremento das forças produtivas e na modificação abrangente das relações sociais de produção que na Inglaterra levaram aos cercamentos<sup>4</sup> (“*enclosures*”) e à revolução industrial. Mas tão logo se viu consolidado, as virtudes prometidas pelo Estado liberal-individualista em torno da liberdade econômica (autonomia privada) e da igualdade jurídica (isonomia perante a lei) geraram as contradições que levaram ao seu esgotamento, expressos pela superexploração da força de trabalho e pela ausência de liberdade política e de associação.

O arranjo jurídico e institucional que viabilizou o atendimento dessas demandas de natureza social e democrática acabaram por conduzir ao surgimento de uma nova concepção jurídico-estatal (Estado liberal-democrático) que logo se mostraria insuficiente diante da ascensão de uma nova dinâmica competitiva internacional e da necessidade de pacificação e unidade interna para poder-se enfrentá-la.

---

<sup>4</sup> “Os cercamentos foram chamados, de forma adequada, de revolução dos ricos contra os pobres. Os senhores e nobres estavam perturbando a ordem social, destruindo as leis e costumes tradicionais, às vezes pela violência, as vezes por intimidação e pressão. Eles literalmente roubavam o pobre na sua parcela de terras comuns, demolindo casas que até então, por força de antigos costumes, os pobres consideravam como suas e de seus herdeiros. Aldeias abandonadas e ruínas de moradias testemunhavam a ferocidade da revolução.” POLANY, Karl. **A Grande Transformação**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1988, p. 52.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Sob os auspícios de um forte apelo nacionalista, vieram ao mundo os próceres do Estado social. Ambíguo em sua estruturação jurídico-política, existindo tanto sob a forma democrática (EUA) quanto em uma concepção burocrática (URSS) ou corporativista (Itália, Brasil) de viés autoritário,<sup>5</sup> esta concepção de Estado acabou por ver-se substituída após a 2<sup>a</sup>. Guerra pelo chamado Estado Democrático Social de Direito. Este se estruturou sob o primado da defesa da dignidade da pessoa humana, por intermédio do reconhecimento e da garantia dos direitos fundamentais – além da incorporação de toda uma nova pauta de direitos referentes aos chamados interesses transindividuais. E sob esta perspectiva, vêm resistindo às ondas de choque produzidas pelas reformas neoliberais e pela dinâmica econômica e tecnológica imposta pela intensificação do processo de globalização.

**2. O processo de institucionalização do Estado Democrático Social de Direito:**

No imediato pós-guerra, o Estado Democrático Social de Direito começou a ser institucionalizado na Europa e nos EUA na perspectiva de se compensar os sacrifícios exigidos da população durante o conflito com a introdução de um Estado de bem-estar social (*Welfare State*). Logo em seguida, por intermédio do Plano Marshall, seria estendido também ao Japão. No âmbito europeu, sua implantação se deu em primeiro lugar na Inglaterra sob o governo trabalhista de Clement Attlee. Sua concepção geral foi elaborada ainda durante a guerra, na forma de um Estado previdenciário proposto pelo chamado Relatório Beveridge.

---

<sup>5</sup> “A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram ‘Estados sociais’. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930. (...) Ora, evidência tudo isso que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo!” BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

Nos EUA, o Estado Democrático Social de Direito resultou do aprofundamento de uma série de políticas sociais e de uma mudança geral nos valores recepcionados pelos poderes estatais a partir da “grande depressão” e do Estado Social estruturado para reduzir os seus efeitos em torno do chamado “*new deal*”. Após a guerra, uma série de demandas que haviam permanecido represadas durante o conflito acabaram por eclodir, em torno de um vigoroso movimento de luta por direitos civis contra diversas formas de discriminação e segregação. Tal movimento acabou recebendo uma consideração positiva por parte da Suprema Corte e, logo em seguida, dos demais poderes estatais – inaugurando-se um período de ampla tutela aos direitos fundamentais naquele país.

No entanto, foi inicialmente na Alemanha, a partir da Constituição de Bonn (1949), que passamos a ter os desenvolvimentos mais interessantes, sob a perspectiva jurídico-normativa, dessa nova concepção de Estado. Previsto expressamente no texto constitucional (art. 28, alínea 1), ainda que através de uma formulação bastante genérica, a chamada cláusula do Estado de Direito Social passou a ser objeto de um amplo movimento de interpretação e de aplicação pela doutrina e pela jurisprudência daquele país. Por meio dele, se buscou consolidar a unidade política da nação, profundamente fraturada após a derrota na guerra, por intermédio de uma legitimidade materialmente plasmada por um conjunto de direitos sociais em uma linha evolutiva que teve o seu início com a Constituição de Weimar (1919).

No entanto, a ordem constitucional desenvolvida a partir de Lei Fundamental de Bonn avançou para muito além do seu predecessor, sobretudo no que diz respeito às proibições de discriminação e à recepção do princípio da igualdade em sua acepção material/substancial. Segundo Konrad Hesse, a nova disposição atribuída aos direitos sociais fundamentais, não fundamenta, com seu encargo geral, pretensões individuais ou instruções de ação concretas (não constituem um “direito subjetivo”). Mas por outro lado, fundamentam não só uma obrigação social da coletividade diante dos seus membros, referente à assistência social, assistência vital e satisfação social, como também, obrigações sociais dos



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

membros da coletividade entre si. Estas são expressas por meio de deveres de proteção, ajuda, assistência e deveres de auxílio coletivo, vinculações da propriedade, obrigações tributárias e deveres de prestação que requerem do Estado à capacitação para o cumprimento de suas tarefas sociais.<sup>6</sup> Por tudo isso, a Constituição alemã de Bonn pode ser designada como o primeiro grande paradigma do Estado Democrático Social de Direito contemporâneo.

Quase três décadas após a promulgação da Constituição de Bonn, constituiu-se uma referência ainda mais abrangente de um Estado Democrático Social de Direito. Trata-se da Constituição da República Portuguesa de 1976. Elaborada após a Revolução dos Cravos, que pôs fim ao regime totalitário inaugurado na década de 20 por Oliveira Salazar, ela avançou para muito além de uma simples redemocratização do país. Juntamente com os direitos fundamentais clássicos, comumente denominados como “direitos negativos” ou de “defesa”, por normalmente requererem uma abstenção estatal diante de uma prerrogativa atribuída ao indivíduo, estabeleceu esta nova Constituição uma ampla pauta de direitos econômicos, sociais e culturais. Muitos deles instituídos na forma de direitos subjetivos, objetivamente requeríveis pelos cidadãos – além de instituir uma série de instrumentos concretizadores, com o intuito de se proteger contra as omissões dos poderes estatais (sobretudo do legislador).

No que diz respeito ao princípio da igualdade, foi a primeira Constituição a conceber de forma expressa esse princípio em sua dimensão material/substancial (já reconhecida no âmbito da ordem constitucional alemã pela doutrina e pela jurisprudência), expresso pela locução “igualdade real” veiculada pelo princípio

---

<sup>6</sup> “O Estado de Direito Social fundamenta e consolida a unidade política materialmente por sua legitimidade: quando a ordem da coletividade, depois de uma época de injustiça e de desvinculação dos poderes políticos, é determinada pela vinculação desses poderes ao direito e pela proteção do direito, pelo reconhecimento dos direitos do homem e dos princípios jurídicos fundamentais, pelo exercício das tarefas estatal-sociais, então, desenvolve ela nisso, um efeito legitimador; na concórdia, que se assenta sobre a aprovação livre, sobre essas bases nasce, em uma parte essencial, o consenso fundamental, que mantém junto à coletividade, por cima de todas as tensões e, no final, forma-se a unidade política.” HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 160.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

da democracia econômica e social. Segundo Canotilho,<sup>7</sup> a Constituição portuguesa garante “igualdade de oportunidades” e não apenas uma “justiça de oportunidades”. Isso implicaria em um dever de compensação positiva da desigualdade de oportunidades.

Mas talvez o mais importante na Constituição portuguesa de 1976 tenha sido a introdução de uma nova técnica por meio da qual se buscou vincular o legislador e os demais poderes estatais a um núcleo de tarefas impostas pelo Constituinte originário, limitando o seu poder de conformação em torno da realização desses objetivos, e que ficou conhecida como “Constituição dirigente”.<sup>8</sup> Essa nova dogmática constitucional foi amplamente recebida pela ordem jurídica brasileira quando da elaboração da nossa Constituição de 1988, sendo responsável por muitos dos avanços nela observados;

**3. Estado Democrático Social de Direito no âmbito de uma “sociedade periférica”:**

A instituição e a consolidação de um Estado Democrático Social de Direito em uma sociedade situada na periferia do sistema capitalista não é tarefa das mais fáceis, sendo em algumas regiões e circunstâncias praticamente impossível. No caso brasileiro, as dificuldades começam pela fragilidade do próprio Estado nacional, tradicionalmente caudatário de modelos de

---

<sup>7</sup> “A igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia econômica e social não é simples instrumento, não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma função conformadora tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de ‘igualdade de oportunidades’ e não apenas de uma certa ‘justiça de oportunidades’. Isso significa o dever de compensação positiva da desigualdade de oportunidades (cfr., por ex., arts. 9º. /d, 20º. /1, etc.). O princípio da igualdade e o princípio da democracia econômica e social aglutinam-se reciprocamente numa unidade não redutível a momentos unidimensionais de ‘estática’ ou ‘dinâmica’ da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (*rechtsstaatliche Chancengleichheit*) e um princípio de igualdade de democracia econômica e social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*).” GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 348-349.

<sup>8</sup> GOMES CANOTILHO, J. J. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editores, 1982.





**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

desenvolvimento dependentes e associados aos centros do capitalismo internacional. Tais elementos, quando somados a algumas instituições que durante séculos regeram a nossa sociedade colonial, como a escravidão e o patriarcado, contribuíram em muito para a formação de um caldo de cultura marcado pela exclusão, pela ampla difusão de toda a sorte de preconceitos e de estigmas atribuídos a certos segmentos do que mais tarde viria a constituir a sociedade nacional. A par dessa debilidade originária, a estruturação do poder político local em bases oligárquicas e excludentes, bem como o desenvolvimento de toda uma sorte de mecanismos (eficazes) de cooptação e auto-perpetuação desse sistema político amparado por um Estado patrimonial, em muito contribuiu para a criação de verdadeiras “fontes institucionais da desigualdade”.<sup>9</sup>

As assimetrias abissais que caracterizaram desde os seus primórdios a sociedade brasileira só começaram a ser modificadas, ainda que precária e muito parcialmente, com a criação entre nós de um Estado social. Tal fato se deu no início da década de 30 do século XX, após o esgotamento do modelo econômico agro-exportador em torno do qual havia gravitado a economia do país desde o início da colonização.

Este Estado social surgiu para amenizar alguns problemas sociais mais agudos, que ameaçavam desestabilizar o poder político diante das contradições e dos movimentos de questionamento e oposição que normalmente acompanham qualquer processo de industrialização. Foi estruturado em moldes autoritários, com feições paternalistas e recorrendo amplamente a toda sorte de cooptação de

---

<sup>9</sup> “A lei podia e pode dizer que todos são iguais, mas uns são mais iguais e, outros, menos iguais. Tanto que, as rebeliões e insurreições foram tratadas mais ou menos rigorosamente de acordo com os iguais que se insurgiam. Veja-se como trataram os menos iguais, os cabanos, os balaios, os praieiros; e as conspirações, as anistias, com que tratam os mais iguais, como os farrapos, para os quais enviaram e renovaram-se presidentes de província e generais no comando. Assim, a conciliação foi sempre minoritária, feita pelo grupo dominante entre si, com pequenas e mínimas concessões à grande maioria brasileira. Assim foi no Império, assim foi na República, na Velha e na Nova, nas quais, quando foi necessário, recorreu-se à idéia de conciliação. O poder foi sempre um círculo de ferro, onde é difícil penetrar, mas quando um ou uns são iguais do grupo minoritário que se mostram rebeldes, é possível fazer a conciliação, buscar a coexistência evitando o conflito, e fazendo à maioria as concessões mínimas indispensáveis ao êxito sempre temporário, sempre transferível para adiante, sempre realizado em tempo travado, longo, de forma lenta e gradual.” RODRIGUES, J. H. Conciliação e Reforma no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 13.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

lideranças populares e sindicais ao estilo do Estado corporativista italiano instituído pela *Carta del Lavoro* de Benito Mussolini.

Apesar de submetido logo em seus primórdios a um processo de constitucionalização que redundou na aprovação de uma Constituição de cunho democrático e social em 1934, tal ordem constitucional não encontrou elementos necessários para se desenvolver – sendo abortada por um golpe de Estado em 1937. Sendo assim, o mais amplo e importante leque de direitos sociais até então obtidos pela sociedade brasileira, não resultou de uma conquista democrática, mas de uma outorga autoritária.

Os direitos sociais instituídos pelo Estado novo de Getúlio Vargas foram enfim constitucionalizados em 1946.<sup>10</sup> No entanto, o Estado democrático ali constituído não teve vida longa, sendo mutilado logo em seus primórdios pelos ecos da guerra fria – que associados à disputa política local tratou de banir alguns partidos do jogo institucional, empurrando-os para a clandestinidade. E por fim, o golpe militar de abril de 1964 tratou de rasgar a jovem Constituição por intermédio dos seus famigerados “atos institucionais”. Estes não respeitaram nem mesmo a Constituição (1967), parida por um Congresso mutilado por cassações e totalmente submisso aos desejos do regime, que ao final, decidiu modificá-la substancialmente em 1969 por intermédio de uma emenda que, de fato, poderia ser tida por uma nova Constituição.

---

<sup>10</sup> “Se volvermos agora para a Constituição de 1946, deparam-se-nos as esperanças de lograr-se um compromisso de bom senso realista, uma trégua institucional entre as forças de renovação e as de conservação. Com aquele documento, aspirava-se a um meio termo na transação de princípios. Atentemos para o aspecto social da Constituição. Aí se acham definidos num tom menos agudo os direitos sociais. Até mesmo a linguagem se nos afigura mais concisa e moderada, menos solene e mais jurídica, pouco eivada de impropriedades. As disposições do texto como que se ajustam a uma técnica mais aprimorada. Do mesmo modo que em 1934, a ordem econômica – diz a Constituição – deve ser organizada consoante os princípios da justiça, literalmente denominada agora de ‘Justiça social’. A Constituição a todos assegura ‘trabalho que possibilite existência digna’. Eleva o trabalho a condição de ‘obrigação social’. Proclama o princípio da intervenção do Estado no domínio econômico. Traça-lhe as bases que assentam ‘interesse público’; projeta-lhe os limites, que são ‘os direitos fundamentais’, objeto de garantias contidas na Constituição; condiciona enfim o uso da propriedade ‘ao bem-estar social’ e dispõe que ‘a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico’”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 414.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

Este ciclo autoritário, só seria definitivamente superado pela Constituição Federal de 1988. No entanto, por mais que esta nova ordem constitucional represente uma ruptura em termos institucionais com o nosso passado, atuam sobre ela, pressionando-a e demandando respostas jurídico-normativas, toda a sorte de injustiças e desigualdades que há séculos clamam por alguma solução. Para dar resposta a essas demandas o Constituinte de 1988 organizou um efetivo Estado Democrático Social de Direito, e o instituiu a partir de uma carta constitucional de tipo “dirigente”, vinculando amplamente o legislador e os demais poderes estatais aos objetivos e metas estabelecidos no seu texto. Dentre os objetivos ali plasmados, especialmente no corpo do seu artigo 3º., e incisos, encontra-se a redução de todas as formas de desigualdade, e o combate a todas as formas de discriminação e marginalização. No que tange ao princípio da igualdade, este dispositivo o recepcionou em sua modalidade material/substancial, encontrando-se aí, a autorização constitucional para a promoção de políticas públicas promotoras de ações afirmativas.

***4. Algumas reflexões filosóficas acerca do desenvolvimento do “princípio da igualdade”:***

A idéia de igualdade constituiu-se em um dos fundamentos de legitimidade para o fenômeno estatal no ocidente desde o surgimento da Cidade-Estado na Grécia do século V a.C. Em um contexto histórico marcado pelo declínio da religiosidade mítica, da economia agropastoril e do poder aristocrático, assistiu-se à ascensão de um modelo econômico urbano e mercantil, com o conseqüente deslocamento do centro de gravidade político para a classe social dos comerciantes e artesãos. Esvaziada a tradição pela qual o poder político se legitimava pelo sangue, pela linhagem que em si mesma manifestava as virtudes do guerreiro belo e bom, a velha *areté* (“virtude”) vai dando lugar a uma nova, caracterizada pela idéia de que os indivíduos podem ser formados, educados para viver na *polis* como iguais. Uma *areté* política, ética e moral, mas que se define



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

em razão do exercício compartilhado do poder, como fundamento dos costumes sócio-políticos que ali emergiam. Esta nova *areté* que se expressa como virtude cívica, se revela no ideal de excelência e mérito plasmado no cidadão educado para ser um orador competente, fixando desde logo a palavra, o *lógos* como *dóxa*, como característica inseparável e inconfundível da democracia ateniense. Em seu leito – diferentemente do que ocorria no plano das virtudes aristocráticas associadas ao vigor físico que se expunha nos jogos olímpicos – todos os homens livres são essencial e potencialmente iguais, e essa igualdade se torna o principal fundamento de legitimidade na democracia nascente.

Com a consolidação da democracia ateniense, o centro de gravidade do poder político se despersonaliza, transfere-se do sangue, da tradição ou da simples força física para um espaço geográfico representado pela *agorá*, pela assembléia de cidadãos. A sua origem está vinculada à ação militar, ao hábito de se reunirem os soldados antes e após a batalha para decidir-se a melhor estratégia e a divisão dos espólios. No âmbito da Cidade-Estado, o poder da assembléia de cidadãos foi juridicamente estruturado pelos princípios da *isegoria* (todos possuem igualmente o direito de falar nas assembléias e terem suas propostas consideradas no momento das votações) e da *isonomia* (todos aqueles que são entre si iguais, devem ser igualmente considerados pela lei). A partir de então, a legitimidade de uma determinada ordem estatal, e a realização em alguma dimensão da idéia de igualdade, estarão intimamente associados.

A realização desse ideal de igualdade foi estabelecido como pressuposto e ao mesmo tempo como objetivo para a ação virtuosa do Estado - guiado por uma vontade racional segundo Platão.<sup>11</sup> Neste Estado ideal, governado por reis filósofos, ignora-se a igualdade formal, impõe-se a igualdade material como direito e dever que obriga todos os cidadãos a entregarem os seus filhos para serem educados de forma igualitária pelo Estado. Este, tratando a todos de forma equitativa, selecionará dentre eles os melhores, com base exclusivamente no

---

<sup>11</sup> PLATÃO. *A República*. São Paulo: Editora Difusão Européia do Livro, (v. I.) livro II, 1965.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

“mérito”, para compor as três classes sociais (artesãos, soldados, e guardiões). Tais classes, distintas e mutuamente dependentes, devido ao seu equilíbrio, asseguram à cidade sua índole virtuosa e afastam dos seus muros os vícios associados às mais diversas manifestações de ignorância. No Estado meritocrático platônico, a igualdade legitima a ação estatal na medida em que lhe proporciona eficiência.

Diferentemente do que ocorre com Aristóteles,<sup>12</sup> para quem o Estado se legitima na medida em que realiza a igualdade como um postulado de justiça. Sensível à natureza contingente da realidade humana, identificou as dissonâncias cognitivas possíveis entre a previsão genérica e abstrata da norma e as vicissitudes do caso concreto, o que requereria uma mediação permanente entre “direito” e “justiça” através da “eqüidade” no plano da justiça comutativa ou corretiva. Ao mesmo tempo em que, requer a intervenção de uma vontade estatal na distribuição das riquezas e das honrarias, na forma de uma justiça política que se definiria como tratamento desigual aos desiguais pela natureza ou pela sorte (contingências). Surgiu ali, com a idéia de justiça distributiva ou substancial o embrião de uma teoria normativa (geral) da justiça como igualdade que seria retomada em diversos planos ao longo da evolução do fenômeno estatal no ocidente.

***5. O princípio da igualdade na perspectiva proposta para o Estado moderno:***

O Estado moderno, na perspectiva de alguns de seus mais ilustres idealizadores, estava radicado em uma forma específica de igualdade, resultante do encontro da razão com a vontade. Tal encontro se realizaria no solo fértil proporcionado pela expressão jurídica do “contrato”. A filosofia política contratualista se propôs a pensar as condições que levaram os homens a abandonar um “estado de natureza” para associarem-se no âmbito de um Estado

---

<sup>12</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

civil racionalmente legitimado e delimitado por sua vontade expressa na forma de um “contrato social” ou de uma “Constituição”. Ela demarcou o horizonte de possibilidades que caracterizou a emergência e o desenvolvimento do Estado nacional moderno, forjando uma superestrutura jurídica e política que evoluiu sob o influxo do desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais de produção. Tal movimento explica e justifica as diversas nuances observadas na obra dos diversos autores reconhecidos no interior dessa vertente de pensamento.

Em Hobbes,<sup>13</sup> o Estado surge em função do reconhecimento, pelos indivíduos, da inconveniência de uma liberdade ilimitada característica do “estado de natureza”, que redundava em uma guerra civil permanente. Daí necessidade de se constituir uma instância que, estando acima de todos os homens, e sendo mais poderoso do que eles, individual e coletivamente poderia finalmente tratá-los de forma igualitária, garantindo a todos os mesmos direitos e, sujeitando-os às mesmas obrigações. Sendo assim, pelo “contrato social”, os indivíduos, livre e racionalmente, optam pela associação civil, constituem a “soberania” como expressão indivisível dessa vontade coletiva, e a transferem em caráter absoluto, irrevogável e irrenunciável a um poder soberano ao qual se submetem de forma espontânea (“pacto de submissão”). A igualdade de tratamento dispensado pelo soberano aos súditos atua como elemento de legitimação do Estado nacional absolutista hobesiano.

Para John Locke,<sup>14</sup> a igualdade radical observável entre todos os homens, mesmo em estado de natureza, decorreria da faculdade da razão, igualmente distribuída entre todos eles. Igualmente ofertadas a todos eles, também o foram às riquezas potencializadas pelos elementos naturais - como a terra. No entanto, teria sido esta transmitida em estado bruto, só adquirindo utilidade para os homens em razão do seu trabalho, que ao ser a ela agregado, transformava-se em riqueza à disposição da comunidade e em benefício privado para aquele que com o seu trabalho a fez surgir. A igualdade de oportunidades, propiciada pelo “trabalho

<sup>13</sup> HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

<sup>14</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

livre”, é então deduzida como o principal requisito para a prosperidade dos povos, e foi para garanti-la, que os homens teriam renunciado ao estado de natureza, associando-se no âmbito de um Estado civil, por eles livre e soberanamente constituído por meio de um contrato social.

Tal contrato deveria garantir os direitos que reciprocamente lhes eram devidos pela evidência das disposições da natureza e das faculdades da razão, protegendo-os contra as ambições ilícitas que uns poderiam nutrir em relação aos outros. Mas também das ambições tirânicas e totalitárias que seriam inerentes ao exercício do poder político-estatal. Por isso, limita-se o seu poder de intervenção ao mínimo necessário para garantir-se a auto-regulação da sociedade pelos próprios indivíduos livremente associados por relações jurídicas que eles soberanamente constituem. Neste sentido, a principal razão de ser do “contrato social” seria garantir o cumprimento dos contratos livremente entabulados entre indivíduos que seriam civilmente iguais na medida em que o são igualmente racionais.

Coube a Rousseau<sup>15</sup> apontar as insuficiências e distorções da concepção de igualdade puramente jurídico-formal elaborada por Locke. Em primeiro lugar, procurou demonstrar que a racionalidade não era um atributo imanente ao homem desde sempre, mas que fora ela possibilitada pelo desenvolvimento da linguagem - que por sua vez, foi impelida pela necessidade de aperfeiçoamento da cooperação entre os homens no plano do trabalho. Ao identificar no trabalho social o verdadeiro ponto de distinção entre homem e natureza, com a produção coletiva pelos homens dos bens materiais indispensáveis à sua sobrevivência, percebeu ali também a fonte de toda a desigualdade entre eles.

Esta residiria na apropriação privada da riqueza socialmente produzida, ou da apropriação privada das fontes naturais (a terra) a partir das quais essa riqueza é gerada. A propriedade privada seria a grande responsável pela desigualdade entre os homens, daí originando-se inúmeros outros malefícios. Tal desigualdade

---

<sup>15</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

expressa a partir de um plano material, não poderia em hipótese alguma ser compensada pela igualdade jurídico-formal apregoada por Locke, lastreada na razão e na autonomia privada para regular a própria liberdade por meio de contratos. Neste sentido, uma igualdade jurídico-formal efetiva (expressa pela chamada “vontade geral” e capaz de plasmar um verdadeiro “contrato social”) só poderia se realizar se fosse previamente precedida pela igualdade material.

Na concepção formulada por I. Kant,<sup>16</sup> o contrato social não constitui a sociedade, devendo apenas explicar como ela dever ser. Neste sentido, o contrato social ou a Constituição seriam a manifestação livre e soberana da sociedade civil, que por meio dele procura dar expressão jurídica superior ao princípio da autonomia privada. Este seria o mais importante de todos os direitos, visto que, é o único que pode garantir aos indivíduos a prerrogativa de serem governados por leis que eles próprios elaboram de forma livre e soberana (contratos), regulando reciprocamente as suas condutas no âmbito de uma determinada relação jurídica.

Aprofundando os pressupostos racionais introduzidos por Locke e, tentando conciliá-los com a crítica elaborada por Rousseau, ele acredita ter encontrado um fundamento transcendente para o consenso, e por meio dele, para a igualdade entre os homens, por intermédio de um imperativo moral derivado exclusivamente da razão. Apenas a razão, enquanto estrutura imanente e *a priori*, como faculdade universal de todos os homens, permitiria a estruturação de uma base comum para a articulação do agir de cada um com vistas à garantia da liberdade de todos. A idéia de liberdade nasce da capacidade individual para formalizar os conteúdos necessários para o estabelecimento de sua ação no mundo, fixado pelo chamado “imperativo categórico”. Este se expressa pela máxima “conduze-te de tal forma que o teu agir possa converter-se em lei universal”. Na medida em que todos os indivíduos são capazes de chegar a um juízo dessa natureza, e sendo intuitivo que, ao chegarem, buscariam adequar suas condutas de acordo com essa máxima, esta igualdade atuaria como condição para

---

<sup>16</sup> KANT, I. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.





REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

a liberdade individual no âmbito da autonomia da vontade. Dessa forma, a troca de equivalentes no plano do mercado estaria legitimada por uma igualdade (formal) de fundo, e sua natureza patrimonialista devidamente justificada pelos imperativos morais deduzidos da razão.

A grande virtude de Marx<sup>17</sup> e de Engels<sup>18</sup> na sua apreciação crítica de diversas idéias e conceitos legados pela tradição contratualista consistiu em apontar o que designamos como fundamentos estruturais da produção da desigualdade, contido na forma peculiar como elaboraram o seu conceito de “exploração”.

Nesse sentido, retomaram alguns pressupostos historicistas levantados inicialmente por Rousseau, e os voltaram contra os postulados ideológicos sustentados pela ideologia liberal para afirmar a equivalência jurídica entre o empregador e o empregado com base no princípio da autonomia privada. Ao demonstrarem o funcionamento da economia política industrial com base na aquisição do tempo de trabalho que o empregado coloca a disposição do empregador, eles descortinaram o “segredo” da produtividade do trabalho, revelado na forma de exploração pela obtenção da “mais-valia”. No entanto, a crítica marxista, contundente ao desmascarar as fantasias produzidas pela ideologia liberal-individualista, não se mostrou muito consistente ao tentar elaborar os pressupostos de uma teoria normativa da justiça como igualdade no contexto da futura sociedade comunista. Ao contrário, contentou-se em reciclar algumas máximas herdadas da velha tradição aristotélica, no estilo “de cada um segundo a sua capacidade, a cada um segundo suas necessidades”.

Coube a John Rawls<sup>19</sup> resgatar a verve consensualista subjacente à teoria contratualista e articulá-la às demandas, contradições e ambigüidades típicas da sociedade contemporânea do pós-guerra. Ao mirar parte de sua artilharia contra a tradição utilitarista procurou desconstituir os supostos benefícios proporcionados

---

<sup>17</sup> MARX, K. Crítica do programa de Gotha. In: **Obras Escolhidas**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

<sup>18</sup> ENGELS, F. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Global Editora, 1984.

<sup>19</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

à comunidade política como um todo pelo chamado “princípio da eficiência”. Demonstrou sua incompatibilidade com os pressupostos morais que deveriam fundamentar uma teoria normativa da justiça como procurou fazer o próprio utilitarismo desde Bentham e Mill. Buscou ultrapassar outras matrizes neokantistas contemporâneas que se satisfazem, do ponto de vista da legitimação do poder estatal, com um certo formalismo procedimental (Habermas<sup>20</sup>). Propôs então, por meio de uma teoria normativa, a realização de uma concepção procedimental (porém substancialista) da justiça como “equidade”, e por seu intermédio, estabelecer novos parâmetros de legitimação para uma “sociedade bem-ordenada”.

Todavia, o procedimento proposto por Rawls a partir da eleição dos dois princípios de justiça em uma posição original protegida pelo véu da ignorância, por meio dos quais se estabeleceriam as normas adequadas para a edificação de um sistema equitativo de cooperação, voltado para a realização de uma justiça substancial junto à estrutura básica da sociedade, deveria ter um endereçamento particular. Nas sociedades contemporâneas, organizadas na forma de um Estado Democrático Social de Direito, tal procedimento deveria ser incorporado como uma “pauta argumentativa” a ser observada pelos membros do Tribunal Constitucional.

Não se trataria propriamente de um procedimento voltado para a elaboração de uma nova Constituição. Mas para a interpretação daquela que se coloca como fundamento de validade desta concepção estatal específica. Seriam os juizes do Tribunal Constitucional responsáveis por uma modalidade de justificação pública na qual se aplicariam plenamente, e de forma operativa, conceitos como os de “equilíbrio reflexivo” e de “consenso sobreposto”. A eles caberia um papel decisivo na realização de uma justiça como equidade. Esta pauta argumentativa seria especialmente útil na apreciação da constitucionalidade de normas e atos do poder público por meio dos quais se instituem políticas públicas

---

<sup>20</sup> HABERMAS, J. **Direito e Democracia : entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

promotoras de ações afirmativas, dada a sua íntima conexão com os temas da justiça e da igualdade.

**6. Ações Afirmativas: conceito e aspectos gerais.**

Ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas compensatórias e de valorização de identidades coletivas vitimadas por alguma forma de estigmatização. Usualmente são promovidas pelo poder público, diretamente ou através de incentivos à iniciativa privada e à sociedade civil, com o objetivo de se facilitar o acesso a certos bens jurídicos, de natureza material ou simbólica, por parte de indivíduos pertencentes a grupos vulgarmente definidos como “minoritários” ou “vulneráveis”. Malgrado a imprecisão conceitual do termo “minoritário”, apontam para aqueles segmentos da sociedade que historicamente foram alvo de algum processo de opressão, discriminação ou marginalização étnico-religiosa, social, econômica, política, cultural, sexual, dentre outras.<sup>21</sup>

Enquanto políticas públicas, as ações afirmativas encontram sua autorização constitucional no princípio da igualdade em sua acepção material/substancial. Sua implementação encontra-se historicamente associada a

---

<sup>21</sup> “Atualmente 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, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar 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. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias, baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária. Visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.” GOMES, Joaquim Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. In SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 27.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

uma concepção jurídico-política específica, o Estado Democrático Social de Direito, por meio do qual se procurou ultrapassar a concepção formal e estática do princípio da igualdade (isonomia) introduzida nos primórdios do Estado liberal individualista. No âmbito do Estado Democrático Social de Direito busca-se, pois, ir além da “igualdade *perante* a lei”, para atingir-se a “igualdade *através* da lei”;

***7. Origens históricas do conceito e prática das ações afirmativas:***

As questões referentes à aplicação material do princípio da igualdade surgiram inicialmente nos EUA.<sup>22</sup> Historicamente, tal fato pode ser atribuído a algumas peculiaridades que marcaram a formação sócio-cultural daquele país. Ali, desde os seus primórdios, formou-se uma “sociedade dual”. Não simplesmente em razão da existência de escravos e homens livres, mas pela intensidade da segregação a que foi submetida à população de cor. Diferentemente do que ocorreu no Brasil, o grau de miscigenação entre as duas populações foi na maior parte da história americana desprezível. Até a abolição da escravidão, ao final da guerra de secessão, a separação entre brancos e negros vai muito além da já abjeta relação entre senhor e escravo, proprietário e coisa. Daí porque as barreiras segregacionistas não poderiam ser suprimidas por uma simples revogação formal.

A interpretação do princípio da igualdade pela Suprema Corte dos EUA conheceu uma trajetória sinuosa e surpreendente. Como a escravidão não existia na Constituição, o seu reconhecimento pela Corte só se dava de forma indireta, normalmente quando um ex-cativo tentava obter acesso a algum regime jurídico que lhe fora obstado pela sua condição. De forma que nos seus primórdios, os

---

<sup>22</sup> “A ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas”. MENEZES, Paulo L. **A Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 27.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

negros eram simplesmente invisíveis ao princípio constitucional da igualdade. Depois da 14<sup>a.</sup>, e 15<sup>a.</sup>, Emendas, questões jurídicas envolvendo a aplicação do princípio da igualdade em relação à população negra foram relativamente recorrentes. Foi nesse contexto que, no final do século XIX, formou-se a infeliz doutrina do *separate but equal* (“iguais, porém separados”), por meio da qual a Suprema Corte entendeu como constitucional a aprovação de leis segregacionistas desde que garantissem um serviço equivalente para as populações segregadas e não-segregadas. Todavia, em 1954, no julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka*, a doutrina do “iguais, porém separados” foi revista, e as leis e atos administrativos que autorizavam ou realizavam condutas segregacionistas foram considerados inconstitucionais.<sup>23</sup>

Com o fim das práticas segregacionistas, vieram à tona uma multiplicidade de demandas, de diversos grupos (sobretudo negros e mulheres) que se sentiam marginalizados ou discriminados na sociedade norte-americana, reivindicando políticas públicas voltadas para a melhoria das suas condições de vida. Depois de alguma hesitação, o Poder Executivo, durante o governo John F. Kennedy – que havia recebido um apoio eleitoral decisivo da comunidade negra – deu início a um conjunto de políticas públicas que buscavam uma maior e melhor integração da população negra no mercado de trabalho. A partir daí tais políticas passaram a ser denominadas por “ações afirmativas”. Elas foram aprofundadas na segunda

---

<sup>23</sup> “A Suprema Corte ao apreciar a questão, entendeu que os testes em pauta, embora fossem aparentemente neutros (os mesmos testes eram exigidos, indiscriminadamente, de todos os funcionários e candidatos), terminavam tendo um impacto racial adverso (*disparate racial impact*), o que resultava em discriminação. Segundo o Presidente do Tribunal, Warren Burger, a intenção do Congresso, ao disciplinar a matéria, não foi a de proibir apenas a discriminação manifesta, mas também as condutas que perpetuassem, ainda que indiretamente, as diferenças raciais indesejáveis. Nas suas palavras, se ‘uma prática de emprego que opera para excluir negros não pode ser aprovada [por parte do empregador] como uma decorrência da execução do trabalho (*job performance*), esta prática é proibida’. Com esse julgamento, restou cristalizada a teoria do impacto adverso ou diferenciado, segundo a qual os autores de processos judiciais poderiam demonstrar a natureza discriminatória de várias práticas, tais como simples testes de inteligência ou aptidão, pela mera comprovação estatística do desequilíbrio racial (ou outro qualquer) que resultava das mesmas. Além do mais, eles não precisavam provar que os empregadores tinham a intenção de promover a discriminação, mas apenas que práticas específicas, independentemente de quaisquer motivos, tinham reflexos discriminatórios para os negros ou outros segmentos da sociedade.” MENEZES, Paulo L. *Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano*. São Paulo: RT, 2001, p. 96-97.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

metade da década de 60, durante o governo Lyndon Johnson, e a partir do início da década de 70 se disseminaram pelos governos estaduais e pelo interior de diversas instituições públicas e privadas – como, por exemplo, universidades.

No entanto, a partir do final dessa década, as políticas públicas promotoras de ações afirmativas passaram a sofrer maior oposição política e judicial. Alguns parâmetros tiveram que ser revistos por decisões da Suprema Corte, mas de uma maneira geral, as ações afirmativas continuam sendo implementadas nos EUA.

**8. As ações afirmativas perante a Suprema Corte dos EUA:**

Depois de declarar inconstitucional a doutrina do “iguais, porém separados”, a Suprema Corte dos EUA começou a julgar casos envolvendo ações afirmativas instituídas em prol da população negra e de outros grupos vítimas de discriminação. Ironicamente, opunha-se contra as pretensões da comunidade negra o mesmo princípio da igualdade pelo qual ela tanto lutou. E em sua defesa, propôs-se a sua interpretação em um sentido material, atribuindo às políticas públicas que as promoviam, uma natureza de compensação, de correção de desequilíbrios.

Com a aceitação pela Corte de uma interpretação material do princípio da igualdade, foi se construindo uma jurisprudência sobre a matéria. Deu-se então um período de forte “ativismo judicial” por parte da Corte, cujo ápice se deu no caso *Griggs v. Duke Power Company*. Ao julgá-lo a corte firmou dois importantes paradigmas para a questão. A teoria do “impacto adverso” (*adverse or disparate impact theory*) e a *perpetuação no presente dos efeitos de discriminação ocorrida no passado*. No entanto, em 1978 a Corte promoveu uma nova inflexão em seu posicionamento, durante o julgamento de *Regents of the University of California v. Bakke*, quando se posicionou contra alguns parâmetros para a promoção de ações afirmativas – como o estabelecimento de cotas fixas.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

*9. As Ações Afirmativas no âmbito da Ordem Jurídica Internacional:*

No âmbito da ordem jurídica internacional, o primado da tutela da dignidade da pessoa humana, foi inicialmente proposto em um plano universalista, voltado contra a manifestação de quaisquer formas de discriminação, ainda sob o impacto do holocausto judeu e dos campos de concentração. Este foi o espírito da Declaração Universal de 1948 e, continuou presente nos dois grandes pactos internacionais de defesa dos direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – ambos abertos para a ratificação em 1966.

No entanto, no âmbito do chamado “sistema especial de proteção dos direitos humanos”, composto por cinco grandes convenções (eliminação de todas as formas de discriminação racial; eliminação de todas as formas de discriminação da mulher; proibição da prática de tortura; direitos da criança; prevenção e repressão ao crime de genocídio), buscou-se tutelar o indivíduo concretamente e objetivamente considerado, em sua vulnerabilidade ou hipossuficiência em decorrência de sua condição ou pertencimento a um determinado grupo ou gênero. No âmbito desse sistema especial, as convenções para a eliminação de todas as formas de discriminação racial e da mulher autorizam e prevêm expressamente a adoção de políticas públicas promotoras de ações afirmativas.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> “O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais dos direitos humanos, fixando parâmetros protetivos mínimos. Nesse sentido, cabe destacar que até 2003 o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 149 Estados-partes, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 146 Estados-partes, a Convenção contra a Tortura contava com 132 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial contava com 167 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher contava com 170 Estados-partes, e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes<sup>2</sup>. O elevado número de Estados-partes desses tratados simboliza o grau de consenso internacional a respeito de temas centrais voltados aos direitos humanos. Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da Organização das Nações Unidas – ONU – com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado com o sistema americano, o europeu



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

**10. As ações afirmativas na perspectiva da sociedade brasileira:**

A promoção de políticas públicas baseadas em ações afirmativas no contexto da sociedade brasileira implica no enfrentamento de algumas peculiaridades. Dentre essas, uma das mais importantes parece ser a que diz respeito ao próprio processo de formação sócio-cultural de nossa sociedade. Diferentemente dos EUA, aqui se verificou amplamente a prática da miscigenação. De fato, no âmbito da sociedade brasileira, parece ter se realizado aquilo foi tido como um ideal para todo o chamado “novo mundo”, o advento de um “caldeirão cultural” ou *melting pot*.

O fenômeno da miscigenação impediu o desenvolvimento entre nós de formas mais ostensivas de ódio racial, e práticas abertamente segregacionistas. No entanto dificultou também o desenvolvimento de uma consciência étnica capaz de promover um movimento social com capacidade para reivindicar de forma mais eficaz o combate às diversas formas de manifestação de discriminação e de preconceito veladamente praticadas no interior da sociedade brasileira.

A composição miscigenada de nossa sociedade foi tomada no início do século XX como referência estética e cultural pelo movimento modernista – especialmente por autores como Mario e Oswald de Andrade. A “matriz antropofágica” se inspirou na miscigenação para defender um modelo estético essencialmente multicultural, capaz de absorver diversas influências, combiná-las entre si, e a partir daí criar algo novo, uma “síntese suprema”. Enquanto projeto estético e cultural o modernismo antropofágico foi muito bem sucedido, tendo sido a sua proposta assimilada por amplos segmentos de nossa tradição cultural.

---

e o africano de proteção aos direitos humanos. Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o espectro instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas complementam-se, somando-se ao sistema nacional de proteção a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Estes são a lógica e o conjunto de princípios próprios do Direito dos Direitos Humanos.” PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 45-46, jan/abr. 2005.





**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

Da música popular (Carmem Miranda, Bossa-nova, tropicalismo,<sup>25</sup> etc.), passando pelo cinema e as artes plásticas (Glauber Rocha, Hélio Oiticica), teatro e poesia (José Celso Martinez Correa e Augusto e Haroldo de Campos), até atingir a sua suprema expressão no futebol, em especial na seleção brasileira.

O esporte importado da Europa e que aqui renasceu com novo brilho. Um conjunto de indivíduos de todas as cores, credos, e regiões do país, unidos pelo talento, em surpreendente equilíbrio entre o brilho individual e o coletivo. Mas, infelizmente, a suprema síntese obtida no plano estético cultural, ainda não se realizou no mundo cotidiano, onde o preconceito e a marginalização continuam uma constante. Daí porque muitas vezes acaba sendo manipulada pelos mistificadores da “democracia racial brasileira”.

***11. Ações Afirmativas e Multiculturalismo:***

Uma das grandes características das sociedades industriais foi à homogeneização. Uma sociedade de massas fundada no trabalho e no consumo de massas. Órgãos de comunicação de massas, partidos políticos de massas, movimentos sociais de massas, etc. Neste contexto, fazia todo o sentido – sobretudo na medida em que a formação de muitas sociedades nacionais estava ligada ao processo de industrialização – políticas integracionistas fundadas no chamado *melting pot* ou caldeirão cultural, na qual distintas identidades culturais se fundiam em uma nova. Todavia, no momento em que se vive à transição para

---

<sup>25</sup> “O segundo manifesto, O Antropófago, desenvolve e explicita a metáfora da devoração. Nós, brasileiros, não deveríamos imitar e sim devorar a informação nova, viesse de onde viesse. Ou, nas palavras de Haroldo de Campos, ‘assimilar sob espécie brasileira a experiência estrangeira e reinventá-la em termos nossos, com qualidades locais ineludíveis que dariam ao produto resultante um caráter autônomo e lhe confeririam, em princípio, a possibilidade de passar a funcionar, por sua vez, num confronto internacional, como produto de exportação’. Oswald subvertia a ordem de importação perene – de formas e fórmulas gastas – (que afinal se manifestava mais como má seleção das referências do passado e das orientações para o futuro do que como medida da força criativa dos autores) e lançava o mito da antropofagia, trazendo para as relações culturais internacionais o ritual canibal. A cena da deglutição do padre D. Pero Fernandes Sardinha pelos índios passa a ser a cena inaugural da cultura brasileira, o próprio fundamento da nacionalidade. A idéia do canibalismo cultural servia-nos, aos tropicalistas, como uma luva.” VELOSO, Caetano. **Verdade Tropical**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 247.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

uma sociedade pós-industrial e pós-moderna, o fenômeno da massificação parece ceder lugar para um processo de fragmentação de identidades, de criação de inúmeros “nichos” identitários.

A exemplo do que ocorre nas propagandas de cigarro, onde se vende a ilusão de que cada consumidor pode particularizar-se ao adotar um padrão de consumo que o associe a um determinado “estilo”, vive-se hoje um processo de redescoberta de identidades a pouco esquecidas ou abandonadas. Um verdadeiro processo de “tribalização cultural” – acentuada, de forma ambígua e contraditória pela globalização do capital e pelo mais amplo e intenso fluxo imigratório que a humanidade já conheceu. Tal fenômeno tende a ampliar a demanda por políticas públicas baseadas em ações afirmativas com o intuito de se ressaltar essas diferenças.<sup>26</sup> Afinal, “riquezas são diferenças”. De forma que, as ações afirmativas não se prestam apenas a uma compensação. Mas também a uma “afirmação” identitária.

***12. O Estado Democrático Social de Direito no âmbito da Constituição Federal de 1988:***

A ordem jurídico-política inaugurada pela Constituição Federal de 1988 constituiu entre nós um Estado Democrático Social de Direito. Isso fica claro tanto em função do contexto histórico que antecedeu aos trabalhos constituintes e

---

<sup>26</sup> “Um dos pontos-chave do multiculturalismo é a questão da diferença. Como se pode tratar a diferença? Qual é o seu lugar dentro de um sistema social? A diferença é um fator de enriquecimento ou, ao contrário, um empobrecimento? Um trunfo ou uma ameaça? Para chegarmos a uma resposta, importa lembrar que a diferença não é simplesmente, ou unicamente, um conceito filosófico, uma forma semântica. A diferença é antes de tudo uma realidade concreta, um processo humano e social, que os homens empregam em suas práticas cotidianas e encontra-se inserida no processo histórico. Assim, é impossível estudar a diferença desconsiderando-se as mudanças e as evoluções que fazem dessa idéia uma realização dinâmica. Constatada em determinado momento e sociedade, qualquer diferença é, ao mesmo tempo, um resultado e uma condição transitória. Resultado, se considerarmos o passado e privilegiarmos o processo que resultou em diferença. Mas ela é, igualmente, um estado transitório, se privilegiarmos a continuidade da dinâmica, que vai necessariamente alterar este estado no sentido de uma configuração posterior.” SEMPRINI, Andrea. **MULTICULTURALISMO**. Bauru, SP: Edusc, 1999, p. 11.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

com o qual a nova Constituição buscou romper (autoritarismo imposto por uma ditadura militar), como pela intensa e inédita mobilização empreendida pelos segmentos democráticos e populares; quanto pelo conteúdo dogmático da nova Carta.

Nesse plano, chama a atenção de imediato a nova topologia conferida pelo texto aos direitos fundamentais – em detrimento dos dispositivos referentes à divisão dos Poderes, organização administrativa, e ordem tributária e financeira, que nas Constituições precedentes, sempre vinham em primeiro lugar.

Na Constituição de 1988, o Título I enumera os “princípios fundamentais”, traçando os parâmetros hermenêuticos e interpretativos por meio dos quais se deverá aplicá-la. Já no *caput* do art. 1º., se define a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. A caracterização do Estado Social se dá por meio de vários dispositivos, como por exemplo, pela antecedência conferida aos direitos sociais já no preâmbulo; pela positivação do “princípio da dignidade da pessoa humana” no inciso III do art. 1º; e pela vinculação da autorização constitucional à livre iniciativa ao respeito e à observância dos valores sociais do trabalho. Tal caracterização prossegue com os objetivos previstos no art. 3º, *caput* e incisos, todos eles visando à redução e/ou erradicação de todas as formas de desigualdade. No dispositivo do inciso II do art. 4º, no qual, ao dispor sobre os valores que mediam as relações da República com a comunidade internacional, fez-se inscrever a “prevalência dos direitos humanos”. Prossegue no extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivas previsto no *caput* e nos setenta e oito incisos do art. 5º. No reconhecimento, no bojo do art. 6º, dos direitos sociais como direitos fundamentais – visto que tal dispositivo abre o Título II da Constituição, no qual estão previstos, em caráter exemplificativo, tais direitos fundamentais.

O Estado Democrático Social de Direito ressalta ainda em função da constitucionalização da ordem do trabalho – também incluída no Título II dos Direitos Fundamentais. E, sobretudo, pela disposição do art. 170, que ao abrir o Título VII, referente à ordem econômica, estabelece já no seu *caput* que esta ordem econômica se funda “na valorização do trabalho e na livre iniciativa”,



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

tendo por objetivo “assegurar a existência digna conforme os ditames de justiça social”. Tal disposição foi aprofundada nos incisos deste mesmo art. 170, no qual o próprio direito à propriedade privada (II), se viu relativizado e sopesado por outros, tais como “a função social da propriedade” (III), a “defesa do consumidor” (V), e a “defesa do meio ambiente” (VI).

A caracterização dogmático-constitucional do Estado Democrático Social de Direito prossegue no tratamento específico dado aos direitos sociais e culturais (já previstos como direitos fundamentais no Título II), no Título VIII da Constituição, onde foram pormenorizados e utilizados como esquemas organizativos iniciais para a promoção de políticas públicas. Por tudo isso, a Constituição de 1988, se caracteriza também como uma Constituição “dirigente” (vincula o legislador e os demais poderes estatais aos seus comandos normativos, limitando sua discricionariedade) por meio da qual se introduziu um efetivo Estado Democrático Social de Direito.

**13. Ordem Jurídico-Normativa e “Reflexividade Constitucional”:**

A Constituição de 1988, devido à sua estrutura normativa de recorte principiológico, autoriza e requer um amplo e aprofundado processo de reflexão por parte da sociedade brasileira, através de suas instituições, situadas em todos os planos (público e privado), com o seu próprio passado.

Esta “reflexividade constitucional”<sup>27</sup> se insere como pré-condição para a construção do seu futuro. É isso que sobressai da leitura do artigo 3º. e incisos, o

---

<sup>27</sup> “A constituição dirigente é perturbada pela crise de reflexividade. Através desta idéia pretende-se, no fundo, significar a impossibilidade de o sistema regulativo central gerar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas do ou constituídas no sistema social. Esta crise de reflexividade reflete-se, desde logo, sobre o centro político e sobre o sistema de fontes do ordenamento jurídico. As conhecidas fontes do direito – a começar pela constituição – revelam-se funcionalmente desadequadas para servirem de impulso e constituem as bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente**. In “Brançosos” e Interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 217.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

dispositivo por meio do qual o Constituinte estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Visto que, todos os comandos ali enumerados, toda a teia normativo-principlológica que ele articula está orientada por um vetor, um axioma elementar, um “preceito fundamental” – a redução das desigualdades e a promoção das diferenças.

Ao assim fazer, o Constituinte obrigou as instituições a indagarem sobre o sentido mais profundo dessa sociedade desde o início marcada pelo preconceito, pela injustiça, pelo egoísmo pessoal e de classe, por toda sorte de autoritarismo, assimetrias e desigualdades entre todos os planos imagináveis. Tudo aquilo que nos transforma em uma sociedade “assincrônica”. Na qual diversas temporalidades se cruzam e se sobrepõe sem se integrarem. Que torna uma parte da população invisível em face de outra. Nesse sentido, o que os críticos da Constituição de 1988 não perceberam foi que, acertadamente, para o Constituinte, a conquista do nosso futuro está associada ao resgate do nosso passado. E das profundezas desse passado, ouvimos ecos que nos convidam a agir, a romper com a inércia, com a cínica acomodação de um *status quo* iníquo, vergonhoso.

***14. Fundamentos normativos para a promoção de ações afirmativas no contexto da Constituição Federal de 1988:***

As normas constitucionais que autorizam e requerem a promoção de políticas públicas baseadas em ações afirmativas possuem a natureza de direito fundamental. Tal interpretação resulta, por óbvio, do fato destas serem na verdade um mero desdobramento ou densificação do “valor” ou “preceito fundamental” da igualdade, que lastreia todo o art. 3º. da CF/88, e no qual se estabelecem os objetivos da República Federativa do Brasil. Estes objetivos imantam todo o texto constitucional conferindo ao tema “igualdade” uma indiscutível hierarquia hermenêutica e, sobretudo, confere imperatividade ao princípio da igualdade jurídica formal, expressamente positivado no *caput* do art. 5º. da CF/88, por seu desdobramento em seus incisos XLI e XLII. Por isto, as autorizações



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

constitucionais para a promoção de ações afirmativas, enquanto densificação institucional do princípio da igualdade constituem limitação material ao poder de reforma (art. 60, # 4º, IV), não podendo enquanto tais, serem sequer objeto de deliberação, proposta de emenda constitucional tendente a aboli-las.

Diferentemente das “regras” jurídicas veiculadoras de políticas públicas baseadas em ações afirmativas (as instituídas por meio de lei ordinária, e até mesmo àquelas inseridas no corpo da constituição), que uma vez exaurido os seus objetivos ao longo de um determinado lapso histórico, perdem a sua justificativa, podendo e devendo ser modificadas ou abolidas.

A Constituição Federal de 1988 possui uma plêiade de normas por meio das quais se autoriza, requer, e se institui políticas públicas baseadas em ações afirmativas. Trata-se de princípios e de regras, dispostas em diversos pontos do texto constitucional. Além do princípio-vetor da dignidade da pessoa humana, indiscutivelmente aplicável a essa matéria por seu conteúdo e natureza, temos disposições normativas específicas, como as previstas no *caput* e incisos do art. 3º. No âmbito das normas princiológicas essa seria a mais importante. É ela que autoriza e requer políticas públicas voltadas para o enfrentamento da desigualdade em todos os planos e níveis de nossa sociedade. Ali o princípio da igualdade encontrou expressa acolhida em seu sentido material/substancial. Há também outros dispositivos por meio dos quais o constituinte introduziu verdadeiras regras constitucionais – ainda que com eficácia limitada, carente de regulamentação pelo legislador – por meio das quais definiu esquemas iniciais de políticas públicas que deverão ser implementadas.

Nesse sentido, temos o inciso XX do art. 7º, referente à proteção do mercado de trabalho da mulher; o art. 37, VIII, referente à reserva de um percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência; e o inciso IX do art. 170 (não obstante as modificações introduzidas pela Emenda 06/95) que instituiu um tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Além destes, temos outros dispositivos constitucionais por



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

meio dos quais se requer a adoção de medidas protetivas voltada para indivíduos em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, como por exemplo, em decorrência de sua condição etária (crianças, adolescentes e idosos), conforme se deduz da leitura dos arts. 227 e parágrafos, e 230, todos da Constituição Federal.

***15. Normas infra-constitucionais instituidoras de ações afirmativas no contexto da ordem jurídica brasileira:***

Desde a promulgação da Constituição de 1988, diversas normas infraconstitucionais (e Constitucionais em nível estadual) foram editadas com o objetivo de se promover políticas públicas baseadas em ações afirmativas. Dentre estas, poderíamos citar: a) o art. 289 da Constituição do Estado da Bahia, que dispõe que, sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas será assegurada a inclusão de uma da raça negra; b) a Lei 7.853/89 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, disciplinando a atuação do Ministério Público, definindo crimes e dando outras providências; c) a Lei 8112/90, que em seu art. 5º, parágrafo 3º, assegura ao portador de deficiência física a reserva de 20% das vagas oferecidas em concurso público; d) a Lei 8213/91, que em seu art. 93 dispõe que empresas com 100 ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% à 5% de seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção: até 200 empregados (2%), de 201 a 500 (3%), de 501 a 1000 (4%), de 1001 em diante (5%); e) a Lei 8666/93 que dispõe em seu art. 24, XX, ser dispensável a licitação na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços e fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado<sup>28</sup>;

---

<sup>28</sup> “A hipótese de dispensabilidade de licitação por associação de portadores de deficiência física, desde que atendidas as condições da regra, significa o acolhimento, no direito infraconstitucional, de tratamento favorecido em razão de situação peculiar de marginalização e dificuldades sócio-culturais com repercussões econômicas a que se sujeitam os associados da entidade descrita. Por



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

f) a Lei 9504/97 que estabelece normas para as eleições de 1998, determinando que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento de suas vagas para candidaturas de cada sexo.

***16. A natureza jurídica coletiva dos interesses tutelados por políticas públicas promotoras de ações afirmativas:***

Políticas públicas baseadas em ações afirmativas, quando implementadas por quaisquer dos poderes estatais, por via legislativa ou administrativa – como seria o caso de sua instituição por uma universidade pública, com base em sua autonomia reconhecida constitucionalmente – o são em defesa do interesse de uma dada coletividade. Sendo assim, um indivíduo que inconformado com esta situação por participar de alguma relação jurídica por ela regulada, ajuíza uma ação contra esse órgão público em razão de tal política, o faz ao menos em tese, contra os interesses de toda aquela coletividade e, em defesa dos interesses de uma outra. O seu pedido, não está fundado em um “direito subjetivo”, do qual seja titular, mas em um “interesse legítimo”.<sup>29</sup>

Ou seja, o direito subjetivo corresponde a um “interesse personalizado”, exclusivo e excludente, o qual, mesmo quando não impede que mais de um

---

isso mesmo é que, para se ter uma nova igualação que a sociedade não promoveu por si, o Direito afirma um favorecimento que conduz a uma condição igual no movimento da norma, que se faz pela aplicação e criação de situação social concreta. Não se afirma – ninguém assevera com seriedade – que a regra da Lei de Licitações estaria a agredir o princípio constitucional da igualdade, porque o que ela faz é, antes, fomentar um processo de igualação que permite seja aperfeiçoado, não apenas na forma, mas principalmente no conteúdo, aquele dogma fundamental”. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Editora Senado Federal, 1996, julho/setembro, p. 97.

<sup>29</sup> “El interés de que se trata en el derecho subjetivo es un interés próprio de cada portador del derecho, individual a él, es decir exclusivo, excluyente; ello no impide que litiguen más de uno conjuntamente, o que en un litigio colectivo se diriman los derechos subjetivos de múltiples personas: pero cada una obtendrá siempre una reparación individual, exclusiva y excluyente. En el caso del interés legítimo, el interés que se defiende es inseparablemente de tal individuo y de otros: es un interés común con otros individuos, un interés concurrente, inseparable (en principio); esse dato también lo comparte en ocasiones con el derecho de incidencia colectiva”. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo – la defensa del usuario y del administrado (Tom 2)**. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. III – 9.





**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

indivíduo litigue conjuntamente, dirimindo-se em um único litígio o interesse de múltiplas pessoas, permite que, ao final, cada um obtenha uma reparação individual, exclusiva e excludente. Já no caso de interesse legítimo, o que se defende é inseparavelmente do indivíduo que apresenta a pretensão e de outros a ele equiparados na mesma situação, constituindo-se um interesse comum com outros indivíduos, um interesse concorrente e inseparável.<sup>30</sup>

Com muita frequência, poderá o Poder Judiciário vir a ser provocado para se manifestar acerca de alguma lesão ou ameaça à imagem, honra, dignidade, ou identidade coletiva de algum grupo vulnerável. Sobretudo, no caso de manifestações públicas, em especial, através de meios de comunicação de massas, por meio dos quais, se veicule imagens ou mensagens desabonadoras para a auto-estima ou à consideração social dos grupos em questão. Em situações como estas, caso a lesão não tenha ainda se concretizado, deve-se deferir uma tutela específica de modo a impedir a produção do fato. No entanto, caso não seja possível à ação preventiva, ou caso a tutela deferida se mostre ineficaz para se atingir o resultado prático buscado pelo pedido, dever-se-á deferir as medidas reparatórias e compensatórias que se mostrem pertinentes – como, por exemplo, uma indenização em dinheiro a título de dano moral coletivo.

***17. Parâmetros normativos para o controle jurisdicional de políticas públicas promotoras de ações afirmativas:***

No que tange aos parâmetros para o exercício do controle jurisdicional das medidas instituidoras de ações afirmativas, parece que caminhamos para a pacificação da discussão em torno da sua constitucionalidade “em geral”. Visto

---

<sup>30</sup> “El interés legítimo era la exigibilidad concurrente, compartida en forma inescindible entre varias personas, de que la administración no exceda sus facultades regladas ni dicte actos en abuso de sus facultades discrecionales; lo que tipificaba el interes legítimo era la concurrencia inseparable de varias personas en la pretensión, a diferencia de las situaciones en que la pretensión pueda individualizarse en forma exclusiva en cabeza de una sola persona. Según la forma tradicional de entender el tema era necesario además que el recurrente o reclamante tuviera un interés personal y directo en la revocación o anulación que pidiera (dicho de outra forma, que el acto atacado lo afectara a él directa y personalmente). **Op. Cit.** P. III – 16.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

que, estão as mesmas visivelmente lastreadas na estrutura normativa da Constituição de 1988 e, contam até mesmo com a sua conceituação estabelecida em nível infraconstitucional, por exemplo, no caso de ações afirmativas voltadas para a tutela da mulher e contra a discriminação por motivo de raça, com previsão expressa nas duas Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil. Por isso, eventuais discussões judiciais deverão se dar em torno dos seus limites jurídico-normativos. Portanto, a sindicância jurisdicional deverá ser orientada pelos postulados normativos de aplicação da razoabilidade, proporcionalidade e adequação/necessidade. Ou seja, deverá necessariamente se instaurar em torno daquilo que se denomina por “devido processo legal em sentido substancial” - *substantive due process*.<sup>31</sup>

Na apreciação de políticas públicas instituidoras de ações afirmativas, o princípio constitucional que as autoriza e as requer pode eventualmente colidir com outros princípios constitucionais. Neste caso, diferentemente do que ocorre no caso de conflito entre regras, que por se dar no plano da “validade”, só admitirá a existência de uma única regra válida e aplicável; no caso de colisão entre princípios, as conseqüências serão contidas no plano da “eficácia”. Isto que dizer que ambos os princípios continuarão igualmente válidos e aplicáveis, devendo-se promover, no caso concreto, um sopesamento entre as normas colidentes. Nesse

---

<sup>31</sup> “O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Charta de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª, e 14ª, à Constituição norte-americana. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos séculos. (...) O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.” BARROSO, Luís Roberto. **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. In Estudos de Direito Constitucional – homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001, p. 319-320.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

sentido, há que se reafirmar que no âmbito de um sistema normativo aberto de regras e princípios não existem direitos absolutos.

Os parâmetros a partir dos quais deverão se dar uma decisão judicial em face de ações afirmativas serão majoritariamente constitucionais, e gravitarão em torno das duas manifestações admitidas pelo texto constitucional para o “princípio da igualdade”: a aceção formal e a material/substancial. Ambas, seriam manifestações autônomas do mesmo princípio fundamental. Daí porque a importância de se deixar claro que o advento da aceção material/substancial do princípio da igualdade não implica na revogação ou subsunção da sua aceção formal. Mas que ambos convivem dentro de um mesmo sistema constitucional. Relacionam-se dialeticamente. Um como medida de expansão do outro e, este como medida de contensão do primeiro. O ponto de equilíbrio entre eles poderá ser observado no caso concreto posto para apreciação judicial. Seja em relação a uma lei ou ato normativo, seja em relação a qualquer outro ato estatal – e até mesmo negócio jurídico particular.

O questionamento jurisdicional acerca da constitucionalidade de um ato normativo ou administrativo instituidor de ação afirmativa poderá se dar tanto no plano do controle difuso quanto na via do controle concentrado de constitucionalidade. No que diz respeito à natureza da relação jurídica que vincula as partes, discussões em torno das ações afirmativas terão sempre a qualificação de coletivas, visto que, não tutelam interesses de indivíduos, mas de grupos unidos em torno de um elemento discriminador em comum.

Dessa forma, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, não se mostra adequada a utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), nem mesmo para impugnação de lei ou ato normativo – visto que, em termos gerais, ações afirmativas são autorizadas e até exigidas pelo sistema constitucional. Sendo a discussão em torno delas dirigida basicamente para uma dimensão quantitativa/qualitativa, equilibrando-se entre duas manifestações principiológicas de um mesmo “princípio fundamental”, temos que a ação adequada para se conhecer acerca de eventual desvio, excesso ou omissão de



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

algum poder estatal em sede de ação afirmativa é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) prevista no art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9882/99.

Com a disseminação de políticas públicas – e, eventualmente, práticas privadas – concretizadoras de ações afirmativas, o exercício do devido processo legal em sentido substancial deverá ocupar um espaço mais cotidiano para nossa jurisdição constitucional. Caberá ao Poder Judiciário manifestar-se acerca daquilo que durante muito tempo nossos tribunais tomaram como verdadeiro dogma – e que para os críticos sempre consistiu em uma concepção estanque sobre a separação dos Poderes. O problema dos limites da discricionariedade legislativa e administrativa.

Doravante, entendemos que políticas públicas e atos legislativos poderão ser atacados tanto pelo seu “excesso” quanto por sua “insuficiência” – o que caracterizaria inconstitucionalidade por omissão. E até mesmo no âmbito da autonomia privada, ou dos chamados “poderes diretivos” no caso de empregador, o Judiciário poderá ser convocado a intervir em face da teoria dos deveres de proteção decorrentes da natureza irradiante dos direitos fundamentais, da sua “eficácia horizontal”.

***18. Parâmetros dogmático-normativos para a concretização do sentido substancial do princípio do devido processo legal:***

No âmbito da teoria da norma jurídica, doutrina mais recente sustentada entre nós por Humberto Ávila vêm procurando estabelecer uma nova distinção entre duas modalidades de normas, designadas de 1º, e de 2º, grau. As normas de primeiro grau seriam aquelas predispostas para serem aplicadas no plano da realidade fática, e teriam como espécies as regras e os princípios. As normas de segundo grau estariam predispostas para a interpretação e a aplicação de outras



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

normas, por isso são também designadas por “metanormas” ou “postulados normativos aplicativos”.<sup>32</sup>

Os postulados normativos aplicativos diferenciar-se-iam dos princípios e das regras quanto ao nível e quanto à sua função. Distintamente dos princípios e regras que seriam objeto de aplicação, caberia aos postulados o estabelecimento dos critérios de aplicação dos princípios e das regras. Ao contrário dos princípios e das regras que servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas, bem como, condutas cuja adoção seria necessária para atingir certos fins, os postulados serviriam como parâmetros para a realização de outras normas. De maneira que, em todos os casos de utilização de postulados, haveria necessariamente um raciocínio relativo à aplicação de outras normas do ordenamento jurídico.

No âmbito de um controle de constitucionalidade realizado com base no princípio substancial do devido processo legal, os postulados normativos aplicativos da razoabilidade, da proporcionalidade (e também o da proibição de excesso) desempenham um papel imprescindível no plano do controle intersubjetivo do processo decisório.

No exame da razoabilidade-equivalência, analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e aquilo que ela visa punir ou financiar.

No exame da proporcionalidade, investiga-se uma norma que institui intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição seria promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos.

---

<sup>32</sup> “Isso demonstra que esses exames investigam o modo como devem ser aplicadas outras normas, quer estabelecendo os critérios, quer definindo as medidas. De qualquer forma, as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, é oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo “postulado”, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 125.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

No exame da proibição de excesso analisar-se-ia a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental não estaria sendo atingido em seu núcleo essencial.

Tais premissas serão de grande valia quando da apreciação judicial de litígios envolvendo discriminação positiva, visto que, com base em uma avaliação nelas fundamentada é que se colocará a questão referente à existência ou não de uma restrição excessiva de outros direitos fundamentais.

***19. Postulados normativos aplicativos no âmbito da teoria da norma jurídica: uma apreciação crítica:***

Como não admitimos a existência de dois gêneros normativos “paralelos”, por absoluta redundância lógica, nos parece que os “postulados normativos aplicativos”, assim como os “preceitos fundamentais decorrentes da Constituição” previstos pelo seu art. 102, parágrafo 1º., só poderiam existir, ou como novas espécies do gênero norma, ou como modalidades (subespécie) de uma das espécies admitidas.

A segunda opção nos parece teoricamente mais interessante, visto que, os postulados se aplicariam tanto na estruturação de regras quanto de princípios, não possuindo um campo independente ou mesmo autônomo de aplicação ou manifestação. Como só existem por intermédio ou através de uma outra espécie normativa, não há em nossa opinião, como se justificar a sua existência como uma terceira espécie normativa no âmbito do gênero norma jurídica. Também se apresenta problemática a sua classificação como uma modalidade de regra jurídica, devido à estrutura objetiva, marcada pelo pequeno grau de generalidade e acentuadamente preceptiva desta espécie normativa. Ademais, é corrente o entendimento segundo o qual os princípios atuam sobre as regras, inclusive atribuindo-lhes um vetor hermenêutico-interpretativo, mas a recíproca não nos parece verdadeira.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

Em nossa opinião, a acomodação dos postulados normativos de aplicação no interior da moderna teoria da norma jurídica – cuja utilidade e necessidade teórica não colocamos em dúvida – só poderá se dar como uma das modalidades (subespécie) da espécie normativa “princípio”. Por isso, no âmbito de uma teoria da norma jurídica que elege o termo “norma” como gênero e os termos “princípios” e “regras” como suas espécies, propomos que seja reconhecida à existência de duas modalidades de princípios: a) instituidores de preceitos fundamentais; b) instituidores de postulados normativos de aplicação.

Em nossa ordem constitucional a sua positivação pode ser tanto expressa, como se dá com o preceito fundamental da igualdade; quanto implícita, como se dá com os postulados normativos de aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade. Sobre sua fonte constitucional, dividem-se os estudiosos. Há os que entendem que eles derivam da cláusula do devido processo legal, outros da cláusula aberta do parágrafo segundo do artigo 5º, da Constituição Federal.

***20. A dinâmica operatória dos postulados normativos aplicativos:***

Os postulados não funcionam todos da mesma forma. Uma parte deles são aplicados independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento. Por exemplo, a “ponderação”, exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões), mas não indica a maneira como deve se proceder nesse sopesamento. Não estabelece os elementos e os critérios não lhe seriam específicos. Também a “concordância prática” funciona de modo semelhante, caracterizando-se ele também como um “postulado inespecífico”, visto que, exige a harmonização entre elementos, mas não diz qual a espécie desses elementos. Dessa forma, os elementos a serem objeto de harmonização seriam indeterminados. Igualmente a “proibição de excesso” estabelece que a realização de um elemento não pode resultar no aniquilamento de outro. No entanto, os elementos a serem objeto de preservação mínima não são indicados. No mesmo sentido teríamos o “postulado da otimização”, que estabelece a



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

necessidade de maximização de algum elemento, mas não diz quais e nem como o seriam. Em situações como essas os postulados normativos exigiriam o relacionamento entre elementos, sem, contudo, especificar quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles. Seriam postulados normativos de aplicação eminentemente “formais”, constituindo meras “idéias gerais”, despidas de critérios orientadores da aplicação. Exatamente por isso, são definidos pela doutrina como “postulados inespecíficos” ou “incondicionais”.

De outro lado, existem postulados cuja aplicação requerer determinados elementos e a sua orientação por intermédio de alguns critérios “específicos”. É o que temos no caso – de extrema importância para este trabalho – do postulado da “igualdade”. Dada a sua peculiar especificação constitucional, ele se manifesta tanto como postulado normativo de aplicação (igualdade formal ou isonomia), como também na forma de preceito fundamental decorrente da Constituição (igualdade material/substancial). Enquanto postulado, a igualdade só é aplicável em um plano no qual tenhamos ao menos dois sujeitos perante algum critério discriminador vinculado a alguma finalidade. Razão pela qual só se tornará aplicável na presença de elementos específicos, tais como sujeitos, critérios de discrimen, além de algum objetivo especificado.

Situação semelhante se dará com outros postulados normativos aplicativos, tais como os da “razoabilidade”, operável apenas a partir da relação estabelecida entre um plano geral e outro individual; ou do postulado da “proporcionalidade”, cuja aplicação se vincula à existência de uma relação de causalidade estabelecida entre meios e fins. Em todos esses casos, de extraordinária importância para o nosso estudo, são estes postulados normativos de aplicação que, por excelência, utilizamos no âmbito da jurisdição constitucional para efeitos de implementação do princípio substancial do devido processo legal. Daí serem definidos pela doutrina como “postulados específicos” ou “condicionais”. Isto porque exigem o relacionamento entre elementos específicos como critérios que devem orientar a relação entre eles. Seriam eles também postulados normativos formais, todavia, relacionados a elementos com espécies determinadas.





**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

No que diz respeito especificamente ao postulado normativo de aplicação da razoabilidade, pode o mesmo ser pensado em três distintas acepções. Inicialmente, a razoabilidade seria utilizada como “diretriz” que exige a relação das “normas gerais” com as individualidades do “caso concreto”. Tanto no sentido de apontar sobre qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quanto na indicação de quais as hipóteses em que o caso individual, dadas as suas especificidades, deixaria de se enquadrar na norma geral. Em um segundo plano, a razoabilidade pode ser empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o contexto ao qual elas fazem referência, seja em face da necessidade de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, ou mesmo demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Por último, a razoabilidade deve ser utilizada como diretriz que exige equivalência entre duas grandezas. De forma semelhante ao que dispomos na exigência de congruência, impõem-se uma medida de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Neste sentido, exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim - como se verá no exame da proporcionalidade.

No que diz respeito ao postulado normativo de aplicação da proporcionalidade, este não deve ser confundido com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele só poderá ser aplicado em situações nas quais exista uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um “meio” e um “fim”, de tal modo que, se possa proceder aos “três exames fundamentais” que confere sentido e conteúdo ao postulado. O da “adequação”, por meio do qual, se indaga se o meio escolhido de fato promove o fim que almeja. O da “necessidade”, por meio do qual se tenta responder se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim não existiria outro meio menos restritivo para os direitos fundamentais afetados. E por último, o da “proporcionalidade em sentido estrito”, por meio do qual se indaga se as vantagens obtidas pela promoção do fim corresponderiam às desvantagens provocadas pela adoção do meio. Nestes termos, a proporcionalidade na condição de postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim não possuiria aplicabilidade irrestrita. Isto porque, sua aplicação dependeria de elementos sem os quais não pode se manifestar – um “meio”, um “fim”, e uma “relação de causalidade” entre eles.<sup>33</sup>

**21. Contribuições da dogmática jurídico-constitucional para o debate acerca da conveniência e limites para as ações afirmativas:**

Levando-se em conta parâmetros de controle como os acima enumerados, não há como deixar de se reconhecer excessos em algumas propostas hoje em discussão no Congresso nacional, como aquela envolvendo a autoclassificação racial compulsória que se pretende instituir por meio de vários dispositivos contidos no Projeto de Lei 3.198/00 – conhecido como Estatuto da Igualdade Racial. Na forma como está previsto, caso um determinado cidadão se recuse a autoclassificar-se perante algum órgão da seguridade social ou do sistema único de saúde (dentre outros órgãos públicos previstos no projeto de lei), como estabelece o seu art. 11,<sup>34</sup> poderá ele ser impedido de receber benefícios que a Constituição lhe assegurou expressamente.

No entanto, não nos parece que possa o legislador, por meio de lei ordinária, restringir um direito fundamental previsto na Constituição sem qualquer

---

<sup>33</sup> “A aplicação de outros postulados já depende da existência de determinados elementos e é pautada por determinados critérios. A igualdade somente é aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (sujeitos, critério de discrimen e finalidade). A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim).” **Op. Cit.** p. 130.

<sup>34</sup> Art. 11. O quesito raça/cor será obrigatoriamente introduzido e coletado, de acordo com autoclassificação, em todos os documentos em uso no Sistema Único de Saúde, tais como: I – cartões de identificação do SUS; II – prontuários médicos; III – fichas de notificação de doenças; IV – formulários de resultados de exames laboratoriais; V – inquéritos epidemiológicos; VI – estudos multicêntricos; VII – pesquisas básicas, aplicadas e operacionais; VIII – qualquer outro instrumento que produza informação estatística.



**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

menção à “reserva de lei”. Esta exigência parece afrontar também à inviolabilidade da intimidade do indivíduo, tutelada no inciso X, do art. 5º, da CF/88. Ademais, a autoclassificação, ao obrigar o indivíduo a assumir publicamente uma dada identidade racial, pode forçar, burocraticamente, o cidadão a adotar um padrão de identidade que, em face de nossa formação notoriamente miscigenada, pode ser compreendida como uma exposição pública constrangedora, indesejável e invasiva.

Nesse sentido, obstar o pleno gozo de direitos fundamentais por sua recusa a autoclassificar-se racialmente pode ser tomado como violação ao inciso VIII do art. 5º. da CF/88, dado que tal recusa pode perfeitamente estar amparada em uma legítima convicção filosófica ou política. Situada neste plano, tal imposição (autoclassificação racial obrigatória) não poderia ser instituída sequer por meio de emenda à Constituição.

Ainda com referência ao projeto de lei 3.198/00, este não deixa claro às escolhas que esta autoclassificação disponibilizará para os cidadãos. Por lidar com a identidade pessoal e coletiva dos cidadãos, esta questão deve ser tratada com máximo cuidado. Representantes do movimento negro defendem a limitação das escolhas às categorias branco/negro, visto que, a introdução de categorias intermediárias, dada à persistência de imagens negativas e estereotipadas acerca da raça negra, induziria parte daqueles que poderiam com ela se identificar, a optar por uma identidade um pouco mais “neutra politicamente”. Alega-se que tal circunstância poderia dificultar a formação de uma identidade cultural afro-brasileira pautada na auto-percepção de sua “negritude” – razão pela qual rejeitam a chamada “fórmula da mestiçagem”.

Não obstante toda a manipulação ideológica que se fez e se faz sobre o tema (“mestiçagem”), tal fenômeno não foi criado pelo Estado ou por uma iniciativa deliberada das lideranças que ao longo de nossa história dominaram o sistema político brasileiro. Decorreram de uma produção cultural livre e autêntica. É o produto de uma “meta-narratividade” estabelecida no âmbito sócio-cultural na forma de um “grande diálogo” entre referências de todos os quadrantes da “nação



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

brasileira” – cujo conceito e identidade não podem ser postos em discussão de conformidade com o próprio espírito da CF/88. Não parece estar em questão – ao menos no plano jurídico-constitucional – a edificação de um Estado estruturado com base em uma “federação racial”.

É a própria Constituição Federal, no âmbito da Ordem da Cultura, que reconhece e tutela a contribuição para a formação da identidade cultural brasileira de diversas identidades particulares. Mas isto não autoriza à “parte” a pretensão de sobrepor-se ao “todo”. Reconhecendo-se o fenômeno histórico, social e cultural da miscigenação, é preciso não apenas disponibilizar opções que correspondam a este perfil miscigenado da população, mas que tais opções (disponibilizadas pelos procedimentos “facultativos” de autotaxação) sejam isentas de qualquer conotação semântica depreciativa.

A “questão da mestiçagem” é levantada também pelos adversários das ações afirmativas como uma grande dificuldade para a sua implementação no país, afinal, dada à dificuldade de se definir quem é negro no Brasil o sistema de autotaxação estaria aberto às fraudes. No entanto, é notório que no Brasil a discriminação e o estigma que atinge parte da população mestiça estão diretamente relacionados ao grau de aproximação com os traços fenotípicos característicos dos grupos de origem africana. Mesmo não se podendo negar que em nossa sociedade, as variações cromáticas e fenotípicas estão intimamente associadas e, ao mesmo tempo, refletem as posições de hierarquia e prestígio econômico e social – daí ser corrente a idéia de que dinheiro e educação no Brasil “branqueiam” o sujeito.

Mas de uma maneira geral podemos afirmar que, quanto mais destacados, acentuados e proeminentes os traços de natureza negróide, maior a carga de estigma, mais intensa se tornam as barreiras, visíveis e invisíveis, que se opõem ao livre desenvolvimento de sua personalidade. As ações afirmativas, ao mesmo tempo em que buscam corrigir e compensar tais discrepâncias, em razão da aproximação destes indivíduos de um padrão historicamente estigmatizado, procura atacar e dissolver os fundamentos do próprio estigma. Para isso valorizam



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

a contribuição desses grupos para a nossa formação sócio-cultural, e os toma como medida de inclusão, de forma a produzir sentimentos de orgulho e auto-consideração a uma condição que até então apenas excluía, e que de uma maneira geral, aqueles a ela associados, procuravam esconder, dela se livrar.

Não nos parecem justificados os argumentos segundo os quais as ações afirmativas induziriam à prática de fraudes, realizadas por indivíduos que reivindicariam a sua condição de “negro” ou “pardo” exclusivamente para obter certas facilidades na sua formação educacional de nível superior. Tal suposição ignora solenemente a carga estereotipada que tal identificação em nossa sociedade ainda impõe, de forma que, pelos ao menos em um primeiro momento, o mais provável é que muitos daqueles potencialmente beneficiados por programas como esse, deixem de pleiteá-los, para não atrair para si, o conteúdo estigmatizante a ele ainda associado. E se uma grande quantidade de indivíduos associados aos segmentos mestiços de nossa população passar a reivindicar a condição de afro-descendente como meio para atingir uma melhor formação educacional, neste caso, poderíamos afirmar que tal conduta seria um dos mais expressivos sinais de sucesso de tais políticas.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> “Uma última dúvida quanto à aplicabilidade de políticas de ação afirmativa no Brasil diz respeito aos critérios que definem o possível grupo beneficiário de tais políticas. Afinal, quem é negro no Brasil, um país onde 61,7% da população se define como “branca”, segundo os dados do datafolha? Devem tais políticas ficar restritas àqueles que se definem como “pretos”, ou devem englobar, também, os “morenos”, os “pardos”, os “morenos escuros” e as demais denominações de cor? De fato, a questão que se levanta não é superficial. Se não se pode definir, formalmente, sem margem de dúvidas, o beneficiário de uma política pública, então sua eficácia será nula. (...) Tal fato, entretanto, não deve inibir ou assustar o legislador. Isso por dois motivos. Primeiro, porque há experiência, no Brasil, de legislação que agiu no sentido de incentivar o desenvolvimento de identidades étnicas entre grupos que já a tinham perdido. É o caso dos grupos indígenas do Nordeste, que viram seus contingentes crescerem quando se regulou o direito dos remanescentes indígenas às terras ancestrais. Não me consta, todavia, que a legislação tenha provocado, no Norte do país, onde predomina a população de origem indígena, uma corrida a identidades ancestrais inexistentes. Isso nos ensina o seguinte: uma política compensatória (de ação afirmativa) só tem sentido quando o grupo para o qual tal política se dirige vive, de fato, uma situação de inferiorização e privilegiamento negativo, no âmbito social geral, de tal modo que os mecanismos de privilegiamento positivo, criados para certos âmbitos específicos, não representam uma reversão total e imediata daquela situação. Assim, por exemplo, se estabelecerem políticas que beneficiam o ingresso de negros nas universidades públicas, tais políticas, que revertem a discriminação naquele âmbito, não têm o poder de reverter de imediato o status inferior do negro na sociedade brasileira. A seguinte pergunta deve, então, fazer sentido: quem gostaria de ser negro para ingressar nas universidades, por exemplo, a não ser os negros? (...) Chega-se, assim, ao



*22. As ações afirmativas e a cultura “politicamente correta”:*

É justificado o controle da discriminação e do preconceito no âmbito da linguagem, das formas simbólicas por meio das quais se dá a representação do “outro”, daqueles que consideramos “diferentes de nós”. O preconceito e a discriminação não resultam de uma manifestação “natural” ou atávica dos sujeitos, sendo ensinado e transmitido, de forma deliberada, pelos pais, pelo entorno familiar e de vizinhança, ou até mesmo pela escola.

No âmbito dos movimentos instituidores de ações afirmativas, a tentativa de se limitar, essa verdadeira fonte de produção de preconceitos e de intolerância, situada no plano do uso da linguagem, acabou por se tornar conhecida pela expressão “politicamente correta”.<sup>36</sup> Nela se incluíam toda a postura que se insubordina contra tratamentos indecorosos, que retratem preconceito, ofensa ou discriminação contra algum indivíduo identificado no contexto de algum “grupo minoritário.” Politicamente correta é a flexibilização das linguagens e imagens de identificação social, na qual, os pronomes de tratamento se submetem a “uma nova polidez”.

---

segundo motivo: um dos objetivos das ações afirmativas é, para ser preciso, o de reforçar a identidade, seja racial, seja sexual, do grupo parcialmente privilegiado pela legislação. Na verdade, apenas sob uma perspectiva integracionista e assimilacionista muito estreita o reforço a identidades particulares pode ser considerado nocivo. Afinal, como já frisei, a justificativa mesma da ação afirmativa é que as diferenças, que são fontes de desigualdades, devem, para deixar de sê-lo, não desaparecer – o que é impossível –, mas transformar-se em seu contrário, ou seja, em fonte de compensação e reparação.” GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e Anti-Racismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2005, p. 206-207-208.

<sup>36</sup> “A expressão “politicamente correto” (“politically correct”) ou “pc”, foi tomada do jargão stalinista dos anos 50, que designava a obediência irrestrita à linha política ditada pelo comitê central. A referência ao stalinismo não é sem razão e contribuiu para o sucesso da expressão, conferindo-lhe conotações detestáveis. Qualificar uma atitude ou comportamento de “pc” subentende um julgamento de intolerância, o endossamento irrefletido de valores e escolhas feitas por outros, limitação da liberdade de expressão e de qualquer e de qualquer manifestação de uma atitude contraditória. O “pc” tornou-se assim sinônimo de conformismo e de indolência e utiliza-se com convicção a expressão “politicamente incorreto” para distinguir as propostas originais e pessoais que não temem incomodar ou ofender se preciso for. O movimento “pc” certamente paga pelos seus excessos.” SEMPRINI, Andrea. **MULTICULTURALISMO**. Bauru: Editora da Universidade Sagrado Coração, 1999, p. 61.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

No entanto, admitimos que a “cultura” politicamente correta passou a assumir contornos inquisitoriais. Uma verdadeira “patrulha ideológica” manifesta no controle da linguagem e de todas as formas de conduta que por algum motivo se tornam públicas. Também se tornou um subterfúgio para atitudes maliciosas, de má-fé, induzindo, tolerando, e por fim, explorando situações com o intuito de se produzir fatos que pudessem ser utilizados como fundamento para uma ação judicial indenizatória e outras modalidades de “reparação”. Em especial na relação entre os gêneros, criou profunda desconfiança em razão de um autêntico processo de “judicialização” da subjetividade. No âmbito estético e cultural se aproximou perigosamente da censura, vulnerando de forma preocupante uma das mais importantes conquistas do Estado de direito – a liberdade de expressão.

Partindo-se da premissa, a nosso ver correta, segundo a qual, o preconceito, e outras formas de discriminação e intolerância se desenvolvem pela linguagem, chegou-se a uma conclusão questionável: elimina-se o problema, proibindo-se que se refira a ele. Não nos parece razoável supor que o preconceito e outras formas de intolerância desaparecerão simplesmente se as pessoas se virem impedidas (coagidas pela prisão ou pelo desembolso de indenizações) de pronunciar as palavras “negro,” “homossexual,” “aleijado,” etc.

No entanto, aquilo que a atitude “politicamente correta” buscou instituir, de *per si*, nos parece legítimo e desejável.<sup>37</sup> Sendo a linguagem um meio de manifestação das relações de poder, é um espaço no qual se estabelecem subordinações e assimetrias e, ao mesmo tempo, onde se podem demarcar

---

<sup>37</sup> “A ação prática do “pc” tem bem pouco de stalinista. Sua preocupação essencial é evitar que a sensibilidade ou a auto-estima dos diferentes grupos sociais, minorias ou indivíduos possam ser ofendidas ou humilhadas por conversas, atitudes ou comportamentos inconvenientes, de modo a induzir ou reforçar na pessoa em questão uma visão desvalorizada ou culpabilizante dela mesma. Essas práticas, afirmam os defensores do “pc”, podem reforçar as condições de marginalidade ou insegurança em indivíduos-alvo e, contribuir para a perpetuação de uma condição inferior inaceitável. O termo deficiente, por exemplo, tem uma conotação pejorativa, ligada a uma posição desvalorizada atribuída a esse tipo de pessoa na cultura americana, dominada pelo culto à perfeição física. Esse termo refere-se a uma carência genérica, que afetaria o indivíduo em sua totalidade humana e não apenas seu aspecto físico. Uma atitude “pc” proporá, então, substituí-la por uma expressão menos conotativa, mais neutra e descritiva, limitando-se a designar o defeito físico e evitando qualquer implicação moral ou social que desvalorize a pessoa.” **Op. Cit.** p. 62.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

direitos, atribuir dignidade. É notório que por meio dela se difundem os preconceitos, os estereótipos, e os estigmas que se originam do “senso comum”, sendo então assimilados, sobretudo, pelas crianças. Por isso, a linguagem pode, em certas circunstâncias, ser objeto de disciplina ética e jurídica.

**BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:**

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** : a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2001.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

\_\_\_\_\_. **A política** . Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS Editora, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** :da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

AYRES BRITTO, Carlos. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Unb, 1986

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.





PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade, proporcionalidade e razoabilidade** : doutrina e jurisprudência. São Paulo: RCS Editora, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In : **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

\_\_\_\_\_. Da Constituição Dirigente ao direito comunitário dirigente. In **“Brançosos” e Interconstitucionalidade** : itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, José Jorge. **Inclusão étnica e racial no Brasil** : a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar Editorial, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 1995.

\_\_\_\_\_. **Introdução à história da filosofia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana** : a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

ENGELS, F. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Global Editora, 1984.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- FARIA SANTOS, João Paulo. **Ações afirmativas e igualdade racial : a contribuição do direito na construção de um Brasil diverso**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- FERREIRA MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1992.
- GARCIA, Maria. **Desobediência civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. São Paulo: Renovar, 2001.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo : la defensa del de usuário y del administrado (tomo 2)** Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2005.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional : a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.). 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia : entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.) 1998.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

- \_\_\_\_\_. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.), 1991.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã.** São Paulo: Martin Claret, 2002.
- JAEGER, Werner. **Paidéia:** a formação do homem grego . São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KANT, I. **A metafísica dos costumes.** São Paulo: Edipro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1982.
- \_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1982.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo:** de Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva:** ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.
- MAFFETTONE, Sebastião. VECA, Salvatore. (orgs.). **A idéia de justiça de Platão a Rawls.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MARX, Karl. **O capital.** São Paulo: Difel, 1984.
- \_\_\_\_\_. Crítica do programa de Gotha. In: **Obras Escolhidas.** São Paulo: Alfa-Omega, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Contribuição à crítica da economia política.** São Paulo: Martins Fontes, 1983.
- \_\_\_\_\_. O manifesto do partido comunista. In: **Obras Escolhidas** (v. 1). São Paulo: Alfa-Omega, 1984.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- MENEZES, Paulo L. **A ação afirmativa no direito norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.

**Cadernos de Pesquisa**, São Paulo. v. 35, n. 124, jan/abr. 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Editora Difusão Européia do Livro, (v. I,) livro II, 1965.

RAMOS TAVARES, André. **Tratado de argüição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

\_\_\_\_\_. **Liberalismo político**. México, DF: Fondo de Cultura Econômica, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Editora Senado Federal, jul./set., 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

\_\_\_\_\_. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1995.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru, SP: Edusc, 1999.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **O direito à diferença : ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VELOSO, Caetano. **Verdade tropical**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade.**

Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** São Paulo:

Livraria Pioneira Editora, 1992.

\_\_\_\_\_. **Economia y sociedad.** México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.