

3

Princípio da igualdade e ações afirmativas

3.1

A evolução da igualdade: aspectos gerais

O princípio da igualdade variou muito no correr do tempo, eis que absorveu progressivamente os influxos sociais de cada época. A evolução conceitual dos ideais isonômicos não significa que as concepções anteriores foram simplesmente suplantadas, já que é justamente a constante agregação de sentidos que engendrou a complexidade do princípio em tela. A transformação não se deu *per saltum*, através de fases estanques e independentes. Do contrário, o acúmulo de camadas ampliou o leque de significados protegidos, num fenômeno que poderia ser denominado de sobreposição de significados.

Verifica-se, desse modo, a cumulação de sentidos, os quais devem gozar da maior proteção jurídica possível. A dualidade central na questão, acarretada pelo citado desenvolvimento progressivo, envolve as vertentes formal e material do princípio. A igualdade formal, inicialmente preconizada pela comunidade internacional, aparece expressa no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que trata todos os seres humanos como indivíduos e estabelece a igualdade de direitos desde o nascimento.⁵¹ Ignora, porém, as especificidades de pessoas e grupos de pessoas decorrentes da inserção em uma complexa sociedade plural.⁵²

⁵¹ O artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão diz o seguinte: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune” (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Disponível em : <http://www.textes.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10086&ssrubrique=10087&article=10116>. Acesso em: 20 out. 2007).

⁵² Norberto Bobbio, no entanto, ressalta a importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, atentando para a especificidade do momento histórico na qual foi elaborada. Segundo o autor, o aspecto mais positivo consiste justamente na consagração de um espaço de individualidade como direito inerente ao cidadão, rompendo a lógica de que se tratava de concessão graciosa do soberano: “As Declarações de Direitos estavam destinadas a inverter essa imagem. E, com efeito, pouco a pouco lograram invertê-la. Hoje, o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem. Se se elimina uma concepção individualista de sociedade, não se pode mais justificar a democracia do que aquela segundo a qual, na democracia, os indivíduos, todos os indivíduos, detêm uma parte da soberania. E como foi possível firmar de modo irreversível esse conceito senão através da inversão da relação entre poder e liberdade,

A origem do princípio remonta ao pressuposto de que todos os homens são iguais, em essência, inexistindo qualquer dessemelhança capaz de ensejar tratamentos diferenciados. O objetivo precípua era assegurar a homogênea elaboração e aplicação das normas jurídicas, de forma a tratar todos os cidadãos uniformemente.

Alguns críticos insurgiram-se contra a interpretação desse estágio evolutivo do princípio da igualdade e afirmaram que, à época, já existia consciência das diferenças entre os homens, decorrentes não apenas da própria natureza de cada um, mas, sobretudo, das condições sociais adversas a que a maioria era submetida. Haveria, assim, plena noção das diferenças, as quais eram escamoteadas pela conveniência da classe dominante e sua luta pela manutenção do *status quo*.

Posteriormente, no estágio ulterior da igualdade, enfatizou-se que os homens, conquanto nasçam iguais entre si, passam a diferir uns dos outros ao enfrentar as adversidades sociais, freqüentemente em função de discriminações e privilégios arraigados na sociedade. Para sanar tais mazelas, passou-se a vislumbrar no preceito da igualdade uma proibição implícita de tais privilégios e discriminações, o que possibilitava o restabelecimento da verdadeira igualdade.

Entretanto, o tempo encarregou-se de provar que tal proibição não possuía o condão de, por si só, elidir as desigualdades e injustiças que se perpetuavam na sociedade. A análise do homem em seu contexto social levou à constatação de que alguns merecem tratamento jurídico diferenciado. Hodiernamente, é patente que tratar uniformemente todos os cidadãos, sem atentar para as singularidades de cada um e para a complexidade da teia social, contribui apenas para o acirramento das desigualdades existentes. Essa linha de raciocínio engendra a concepção substancial do princípio da igualdade, que reconhece que todos os homens são, sim, essencialmente iguais, muito embora possam ser socialmente diferenciados.

A seguinte lição de José Afonso da Silva deixa transparecer a apontada necessidade de, por vezes, se levar a cabo um tratamento diferenciado:

(...) o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais

fazendo-se com que a liberdade precedesse o poder?" (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 101).

entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.⁵³

A vertente material do princípio da igualdade consagra a máxima aristotélica, constante na obra *Ética a Nicômaco*, de que os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas desigualdades.⁵⁴ Por essa acepção, permitem-se tratamentos legais diferenciados toda vez que a realidade fática subjacente, em função de sua diversidade, demandar tais distinções. Pode e deve o legislador, portanto, editar normas que distingam categorias de indivíduos consoante suas características e elementos, com fito de reequilibrar inserções sociais díspares.

Por esse prisma, realiza-se um processo valorativo que culmina com a efetivação do princípio da igualdade substancial. Entretanto, deve-se fazer importante ressalva: não é dado às leis o poder de diferenciar indivíduos singularmente considerados, mas somente grupos ou categorias que necessitem receber abordagem legislativa especial, de forma a atingir uma situação de igualdade perante seus pares, sempre levando em conta o contexto social. É o que vaticina María Ángeles Martín Vida:

La actividad legislativa consiste precisamente en clasificar, en crear normas que identifican y delimitan situaciones de hecho concretas que exigen un concreto tratamiento. El derecho desigual no es, pues, precisamente la excepción sino la regla: puede decirse sin exageración alguna que lo propio del Derecho es establecer diferencias, aunque a la vez el Derecho actúa como instrumento

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 211.

⁵⁴ Nesse sentido, célebre é a lição de Rui Barbosa: “A parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros, no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocío na relva dos prados. A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria” (BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro. Casa de Rui Barbosa, 1956, p. 32).

homogeneizador que engloba dentro de una misma categoría a determinados sujetos, obviando las diferencias entre ellos.⁵⁵

O fator de primordial importância para a análise e a compreensão das ações afirmativas é justamente a transição da vertente meramente formal da igualdade para um conceito mais amplo, de igualdade material, imbuído de um latente senso de justiça. A evolução hermenêutica desse princípio encontra-se, por seu turno, estritamente vinculada à alteração do paradigma estatal, mais precisamente ao momento histórico de ruptura da concepção liberal de Estado de Direito e emergência do modelo de organização jurídico-política de poder pautado pelos ditames do Estado Social.

O Estado Liberal era fortemente marcado pela estatuição de exigências conducentes à definição e à limitação das margens de atuação do poder estatal frente ao indivíduo. Uma tríade de fatores fornecia supedâneo a tal ponto de vista: o imperativo de racionalizar e regulamentar a atividade estatal; a primazia dos interesses individuais na determinação dos objetivos da coletividade, rechaçando-se posturas teocráticas ou absolutistas; a limitação das tarefas do Estado à salvaguarda da liberdade, segurança e propriedade dos cidadãos, por meio da promulgação de leis gerais e abstratas, dimanadas dos representantes da vontade popular.

Tais exigências denotam a consagração, pelo Estado de Direito de cunho liberal, de uma plêiade de garantias eminentemente formais, consistentes, em linhas gerais, na positivação constitucional da separação de poderes e do princípio da legalidade. A instituição desses valores objetivava o resguardo dos direitos individuais, de modo a garantir aos cidadãos uma esfera privada de atuação imune a qualquer ingerência do poder estatal. Na pertinente observação de Paulo Bonavides:

Quando o princípio constitucional da igualdade perante a lei entrou nas primeiras Constituições, sua aplicação se deu, pois, no âmbito de um positivismo jurídico, que exprimia o culto e a suficiência da lei, a par de uma confiança ilimitada no legislador, de cuja razão não se duvidava ao elaborar a norma, expressão da vontade geral.

⁵⁵ MARTÍN VIDA, María Ángeles. *Fundamento y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 129, apud BELLINTANI, Leila Pinheiro. “Ação Afirmativa” e os Princípios do Direito. *A Questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

A coincidência da legalidade com a legitimidade era tamanha na crença dos positivistas que suas faculdades críticas não percebiam ou não tomavam consciência, pertinente ao princípio da igualdade, de que o arbítrio pudesse ingressar materialmente nas leis, ou produzir um conteúdo discriminatório injusto.⁵⁶

Este paradigma organizacional, marcado pela exigência da assunção de uma postura neutra por parte do Estado, revelou-se, com o desenvolvimento histórico-cultural, incapaz de satisfazer as demandas de liberdade e igualdade reais dos setores social e economicamente mais debilitados. O abstencionismo do Estado Liberal tinha fulcro na crença de que a simples inserção no diploma constitucional de princípios e regras garantidoras da igualdade de todos perante a lei teria o condão de assegurar a existência de uma sociedade harmônica. Por assim dizer, toda a sociedade, independentemente de critérios como raça e condição econômica, teria real e efetiva igualdade de acesso aos meios necessários à consecução do bem-estar individual e coletivo.

Ao manter-se inerte e não oferecer respostas adequadas às transformações da tessitura sócioeconômica, a proposta liberal fomentou a eclosão de diversos conflitos de classe, deixando clara sua insuficiência e debilidade como andor do Estado de Direito.⁵⁷ Pode-se afirmar, estreme de dúvidas, que a impossibilidade de oferecer soluções efetivas aos anseios dos setores sociais preteridos, juntamente com as contingências inerentes ao sistema capitalista, fez surgir a necessidade de um novo modelo organizacional das estruturas de poder, qual seja, o Estado Social de Direito. Este, à contranota, abandonou as premissas de neutralidade e individualismo e assumiu a tarefa de intervir diretamente nos processos socioeconômicos.

O viés intervencionista, contudo, não representou ruptura com o primado do Direito, mas, ao revés, sua observância e realização a partir de princípios heterônomos, contrariamente à autonomia caracterizadora do Estado Liberal. O

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. O Princípio da Igualdade como Limite à Atuação do Estado. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional: Igualdade e Justiça*. São Paulo, n. 2, p. 209-23, jul./dez. 2003, p. 216.

⁵⁷ Daniel Sarmento, lembrando a célebre lição de Anatole France, tece ácida crítica acerca da igualdade liberal-burguesa: “a lei, na sua majestosa igualdade, proíbe ao rico e ao pobre de furtarem pão e dormirem debaixo da ponte, e permite a ambos que se hospedem no Hotel Ritz. Assim, pode-se dizer que no Estado Liberal-Burguês, como na Fazenda dos Bichos de George Orwell, todos eram iguais, mas alguns eram mais iguais que os outros” (SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 143).

princípio do Estado Social almeja, por conseguinte, impor aos poderes públicos determinados objetivos materiais, com fim último de oferecer subsídios a uma reforma social e economicamente justa. Nas palavras de Antonio Enrique Pérez Luño,

... una de las más evidentes mutaciones operativas que comporta el estado social reside en atribuir a los poderes públicos la consecución de la “procura existencial” (*aseinvorsorge*); es decir, responsabiliza a la Administración la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural.⁵⁸

A consagração do Estado Social acarretou a releitura do princípio da igualdade. Em concomitância com a crescente intervenção estatal no âmbito econômico, surgiu também a até então inexistente preocupação com a igualdade material, vinculada à noção de justiça social. Paulatinamente, os direitos das populações alijadas socialmente são reconhecidos e incorporados às Constituições, exigindo do Estado o cumprimento de prestações positivas. Clara está, por esse raciocínio, a necessidade de atuação mais ativa no sentido de minorar as desigualdades e assegurar condições de vida minimamente dignas a todos.

Na fase final do século XX, a preocupação com o direito à diferença torna-se indissociável do discurso igualitarista. É óbvio que, se cada pessoa deve ser tratada sempre com igualdade em relação aos seus pares, deve haver uma postura de consideração à identidade cultural, principalmente quando esta se afasta dos padrões tidos por dominantes em dada sociedade. Como resultado, o princípio da igualdade passa a albergar também o respeito, a preservação e a promoção das culturas de grupos minoritários, o que traz à baila a discussão em torno das ações afirmativas.⁵⁹

⁵⁸ PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 224.

⁵⁹ “A nova concepção da igualdade acalentada pelas constituições sociais é mais concreta. O foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, mas a pessoa de carne e osso, que tem necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue nem mesmo exercer as suas liberdades fundamentais. Parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas, e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos” (SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 144).

3.2

Ações Afirmativas

3.2.1

Intróito: recortes teóricos

O objeto da presente pesquisa consiste na averiguação dos limites e possibilidades do Poder Judiciário na apreciação de fatos e prognoses legislativos em sede de controle abstrato de constitucionalidade. A hipótese prática subjacente remete, por óbvio, à eventual norma estatuidora das ações afirmativas.

É imperativo, nesse ponto, realizar alguns recortes teóricos. A questão de maior relevância, no cenário nacional, é o implemento das ações afirmativas com base no fator raça. Este se apresenta, afinal, como pedra de toque das discussões relativas ao tema no Brasil, tanto na esfera administrativa, sobretudo no que tange às instituições oficiais de ensino superior, quanto em sede legislativa.⁶⁰

Uma ressalva de extrema importância deve ser feita neste momento. O sistema de quotas é, entre os mecanismos de ação afirmativa que visam à consecução da igualdade material, o mais conhecido. Caracteriza-se, *in nuce*, pela reserva de um percentual de bens escassos, como vagas nos setores do trabalho e da educação, a indivíduos pertencentes a minorias consideradas como discriminadas. Entretanto, é imprescindível salientar que as quotas são apenas um

⁶⁰ No Brasil, mais da metade das universidades estaduais e 42% das federais adotam algum tipo de ação afirmativa. De acordo com recente levantamento realizado pelo Laboratório de Políticas Públicas da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro), 51 instituições públicas de ensino superior oferecem, atualmente, por meio de quotas ou de bonificação no vestibular, vantagens a alunos negros, pobres, oriundos de escolas públicas, deficientes ou indígenas. As ações afirmativas estão presentes em 18 universidades estaduais (o que representa 51% do total de 35 mantidas por Estados brasileiros) e 22 universidades federais (de um universo de 53 existentes hoje no país). No caso dos afrodescendentes, 33 instituições têm políticas voltadas para eles e 18, não. O critério mais utilizado é o da autodeclaração, pelo qual o próprio estudante define sua cor de pele ou etnia. Verificou-se, outrossim, que o critério das quotas – no qual certo percentual das vagas é reservado a um grupo – é o mais utilizado, sendo que somente 7 instituições adotam o sistema de bonificação – em que o candidato recebe pontos adicionais em relação aos demais, sem reserva prévia de vagas (51% das universidades estaduais adotam ações afirmativas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 8 jan. 2008. Caderno C, seção Cotidiano, p. 1).

dos mecanismos de implementação das ações afirmativas, não o único instrumento existente. Na lição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Restou claro do exame da experiência americana que as políticas afirmativas não se confundem exclusivamente com a implementação de quotas. Não há dúvida de que elas são um aspecto nodal da questão. Contudo, podemos enquadrar como afirmativa quaisquer posturas estatais e privadas favoráveis à integração socioeconômica das minorias, garantindo ao mesmo tempo a identidade sociocultural dos grupos minoritários.⁶¹

Da questão exposta *ut supra*, surge a distinção entre discriminação positiva e ação afirmativa. Esta tem por objetivo auxiliar as classes socialmente preteridas a concorrer em condições de igualdade com seus pares; aquela, por sua vez, possui força significativamente ampliada, com a finalidade de assegurar a maior eficácia possível. Nesses casos, ocorre a reserva de certo percentual a indivíduos historicamente segregados, através das quotas.

A destinação específica encontra justificativa no fato de que, mesmo com paridade de condições, alguns indivíduos não conseguiriam alcançar tais bens, em virtude de determinadas características. Exemplificativamente, no mercado de trabalho, pode-se aventar a hipótese de que, ainda que oferecidas iguais oportunidades de preparação aos cidadãos dos diversos grupos étnicos, o preconceito arraigado na sociedade permaneça como óbice à inclusão equânime.

Por esse raciocínio, conquanto os motivos afigurem-se justos, não há como negar que ditos mecanismos representam discriminações. Os benefícios gerados em favor dos grupos minoritários prejudicam aqueles que sempre tiveram a totalidade dos bens ao seu dispor. Por isso, muitos doutrinadores utilizam-se do termo discriminação positiva ou inversa. Acerca da diferença das expressões em questão, ilustrativa é a observação de Leila Pinheiro Bellintani:

⁶¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença. As ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiências*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 213. Interessante, sobre a questão das quotas, a observação de Paulo Lucena de Menezes: “O sistema de *quotas*, de fato, praticamente não é utilizado nos Estados Unidos, na atualidade, por ser considerado inconstitucional. No caso, entende-se que esse método impõe um tratamento discriminatório contra certas pessoas (aquelas que não integram o grupo beneficiado com o programa de ação afirmativa), o que normalmente é feito com base em critérios vedados pela Constituição ou pela legislação ordinária (v.g., raça). Outrossim, uma série de pesquisas realizadas nas últimas duas décadas também revela que a opinião pública não aprova esse sistema, embora seja favorável a outras formas de ação afirmativa, como a oferta de treinamento profissional complementar para grupos marginalizados” (*A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31).

Há que se diferenciar, contudo, como tais denominações são utilizadas nas mais diversas sociedades, para que não se confunda a própria doutrina escrita a respeito do tema. Assim é que, na realidade norte-americana, o termo ação afirmativa é utilizado para denominar qualquer mecanismo que vise maior inclusão dos historicamente discriminados, assim como ocorre no Brasil. Na Europa, por sua vez, os doutrinadores, cientes de que existem mecanismos de ação afirmativa que promovem a igualdade, mas que, por vezes, implicam a adoção de alguma discriminação positiva, vêem nas ações afirmativas um gênero do qual as discriminações positivas são espécie. Nesses termos, pode-se dizer que todas as discriminações positivas são uma ação afirmativa, mas nem toda ação afirmativa consubstancia-se em uma discriminação positiva.⁶²

Dentro do contexto brasileiro, o debate vem se desenvolvendo no sentido da implementação das ações afirmativas (ou, *rectius*, discriminações positivas) por meio do sistema de quotas raciais para o ingresso em instituições oficiais de ensino superior. Esse será, por conseguinte, o enfoque precípua da presente pesquisa.

Outra questão importante diz respeito ao órgão, entidade ou Poder responsável pela estipulação de tais medidas. Joaquim Barbosa Gomes realiza uma análise taxionômica:

Portanto, para fins classificatórios, pode-se dizer que as ações afirmativas são fruto de decisões políticas oriundas do Poder Executivo, com o apoio, a vigilância e a sustentação normativa do Poder Legislativo; do Poder Judiciário, que além de apor sua chancela de legitimidade aos programas elaborados pelos outros Poderes, concebe e implementa ele próprio medidas de igual natureza; e pela iniciativa privada.⁶³

Quando decorrem de políticas públicas levadas a cabo pelo Poder Executivo, as ações afirmativas se dão principalmente pela destinação de recursos orçamentários para instituições variadas ou pela contratação com universidades, hospitais, organizações, entre outros. Exige-se desses parceiros, no caso, a adoção de políticas de ação afirmativa como contrapartida dos recursos a eles destinados, como ocorre com o financiamento à educação. Manifesta-se o denominado poder de barganha, eis que não pode o Executivo exigir que os entes adotem,

⁶² Op. cit., p. 53-4.

⁶³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência do EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53.

obrigatoriamente, tais medidas. Ditas ações podem ocorrer em nível local, estadual ou federal.

O Poder Judiciário, por sua vez, atua precipuamente por meio de decisões com caráter reparador. Ilustrativa é a situação de um indivíduo que, inserido nas minorias historicamente desprivilegiadas, sente-se intencionalmente lesado em seu local de trabalho, estudo ou lazer. Recorrendo ao Judiciário, este analisa o caso concreto e decide pela concessão ou não de alguma medida de cunho reparatório, como indenização ou recontração do empregado.

Há, ademais, a possibilidade de implantação das ações afirmativas por entidades privadas, pois nesse campo também existem discriminações. São os denominados mecanismos voluntários, que podem ter lugar nos mais variados campos da vida social. Essas ações têm extrema relevância, acima de tudo quando a legislação não permite a imposição de tais medidas, como é o caso das relações laborais nos Estados Unidos. Uma vez que o Estatuto de Direitos Civis refuta a intervenção governamental na matéria, procura-se fazer com que os próprios setores privados adotem medidas nesse sentido.⁶⁴

Para a condução deste trabalho interessa, verdadeiramente, a implementação do instituto por meio da atividade legiferante.⁶⁵ Somente a consagração das ações afirmativas através de lei em sentido formal, dotada dos atributos de generalidade e abstração, é que denota a possibilidade de sua submissão ao controle

⁶⁴ Discorre sobre o tema Joaquim Barbosa Gomes: “Mas, como se sabe, a discriminação não decorre apenas de políticas públicas ou de atos praticados por agentes governamentais. Daí a indagação: deve o Estado permitir que os particulares tomem a si a iniciativa de corrigir as injustiças e discriminações do passado mediante medidas de ‘integração’ e ‘promoção’ de pessoas pertencentes a grupos sociais historicamente marginalizados? Em caso positivo, devem essas medidas ter caráter meramente ‘proibitivo’ ou, ao contrário, podem ser elas de natureza ‘corretiva’, ‘promocional’ ou ‘redistributiva’? Da resposta afirmativa dada pela Corte Suprema dos EUA a essa duas questões nasceu a modalidade de ação afirmativa denominada ‘Voluntary Affirmative Action Plans’, isto é, planos de ação afirmativa de iniciativa de pessoas e entidades privadas, cujos paradigmas jurisprudenciais são os casos *United Steelworkers of America, AFL-CIO v. Weber*, relativo a discriminação em razão da raça ou cor, e *Johnson v. Transportation Agency S. Clara County* (480 US 616 – 1987), que diz respeito à discriminação em razão do sexo” (Ibidem, p. 60).

⁶⁵ Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, desde o ano 2000, o Projeto de Lei n. 3198/00, de autoria do senador Paulo Paim, denominado Estatuto da Igualdade Racial, o qual prevê, entre outras medidas de ação afirmativa, a reserva de um percentual de vagas nas instituições públicas federais de ensino superior para os afrodescendentes. O artigo 70, I, do referido Projeto diz o seguinte: “Art. 70. O Poder Público adotará, na forma de legislação específica e seus regulamentos, medidas destinadas à implementação de ações afirmativas, voltadas a assegurar o preenchimento por afro-brasileiros de quotas mínimas das vagas relativas: I – aos cursos de graduação em todas as instituições públicas federais de educação superior do território nacional” (SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 30 nov. 2007).

concentrado de constitucionalidade, o que dá azo a que o Poder Judiciário examine os fatos e prognoses legislativos ao lume do princípio da proporcionalidade.

Portanto, apresenta-se como imperiosa a restrição da temática relativa às ações afirmativas a uma perspectiva panorâmica, abarcando somente as linhas gerais do instituto. Importante é compreender o instituto como instrumento de concretização do princípio da igualdade substancial e, a partir disso, buscar elucidar a postura do Legislativo e do Judiciário diante da questão.

3.2.2

Deslindes conceituais e características

A expressão *ação afirmativa* originou-se nos Estados Unidos, em 1935, vinculada ao Direito laboral. A *affirmative action* constava do Ato Nacional das Relações de Trabalho, o qual vedava qualquer forma de repressão do empregador a membros dos sindicatos. O mecanismo, de caráter reparador, previa a recolocação do indivíduo ilegitimamente preterido na posição que lhe caberia, caso não houvesse sido discriminado.

No entanto, somente na década de sessenta, a ação afirmativa foi utilizada legalmente nos moldes atuais. Uma ordem executiva promulgada por John Kennedy determinou que as empresas empreiteiras, contratualmente vinculadas a entidades públicas, passassem a selecionar indivíduos pertencentes às minorias oprimidas para seus quadros de funcionários. A preocupação central, vale registrar, era com a marginalização dos afro-descendentes, que constituía verdadeiro dilema social.

O pioneirismo norte-americano explica-se pela deletéria herança escravocrata que dominou a estrutura socioeconômica até meados do século XIX.⁶⁶ Ao término da escravidão, seguiu-se outra prática de segregação desoladora, desta feita legalizada: a doutrina do *separated but equal*, que só

⁶⁶ Por ironia, a Constituição Americana, datada de 1776, já apregoava a igualdade entre todos os homens. Porém, até o fim da guerra civil americana, os EUA eram a maior nação escravocrata do mundo. Os auspícios de uma igualdade real somente foram sentidos após o fim da guerra civil americana, com a aprovação da 13ª Emenda, nos idos de 1885.

encontrou seu fim no ano de 1954, quando a Suprema Corte alterou seu entendimento e derrubou o sistema segregacionista.⁶⁷

Com o tempo, o órgão julgador superior percebeu a necessidade não só de impedir práticas discriminatórias, mas, sobretudo, de possibilitar a aplicação de benefícios às classes socialmente desprivilegiadas, em especial os afro-descendentes. Percebeu-se o imperativo de mitigar os efeitos perversos da escravidão, da segregação e da discriminação racial sofridas ao longo da história. Com o amadurecimento das ações afirmativas, o âmbito de proteção foi alargado e extrapolou o prisma meramente racial, de maneira a perseguir a inclusão social das mais diversas minorias, almejando a realização da igualdade real entre os vários grupos dentro da mesma sociedade.

É justamente nesse contexto que florescem as ações afirmativas. Em linhas gerais, pode-se dizer que elas consubstanciam um conjunto de políticas públicas e privadas, vocacionadas à concretização da vertente material do princípio da igualdade e à supressão das várias formas de discriminação, embasadas em fatores como raça, gênero, etnia e origem nacional.

Dois momentos distintos marcam a evolução das políticas referentes ao tema. Primeiramente, foram concebidas como simples estímulo por parte do Estado para que entes públicos e privados colaborassem para o acesso à educação e ao mercado de trabalho de categorias historicamente marginalizadas.

O objetivo era oferecer uma *igualdade de oportunidades* a todos os cidadãos, capaz de consolidar o pluralismo e a diversidade existentes na sociedade, no mercado de trabalho e nos bancos escolares. A participação das minorias discriminadas era fomentada por meio de incentivo estatal à contratação e seleção de pessoas com base em determinadas condicionantes (v.g., raça, sexo, especificidades na compleição física), até então consideradas como ordinariamente irrelevantes.

Em um estágio ulterior – final da década de sessenta e início da de setenta – constatou-se a inocuidade dos tradicionais mecanismos de combate à discriminação, que eram constituídos, basicamente, por leis de conteúdo proibitivo e de caráter reparatório. Teve início, então, um processo de revisão

⁶⁷ A decisão mencionada é a *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954), pela qual a Suprema Corte declarou que instalações educacionais separadas para negros e brancos feriam o princípio da igualdade, rompendo com a desditosa doutrina dos *separados, mas iguais*.

conceitual do instituto, o qual passou a ser conjugado com o ideal de *igualdade de resultados*, mais consoante ao aspecto material do princípio da igualdade.

A título de exemplo, tornou-se freqüente o sistema de preferências e objetivos numéricos de forma rígida (quotas), com o fito de propiciar o acesso de representantes de minorias em empresas e instituições de ensino. Neste momento evolutivo, verifica-se a tendência de associar políticas de ação afirmativa ao alcance de metas estatísticas rigidamente definidas, atinentes à necessidade de representação grupos sociais historicamente alijados.

Segundo magistério de Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas podem ser genericamente definidas

(...) como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. 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 e 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 concebidas 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.⁶⁸

Carmem Lúcia Antunes Rocha, por sua vez, atenta para os contornos jurídicos do conceito sob comento:

(...) a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta *desigualação positiva* promove-se a *igualação jurídica* efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A *ação afirmativa* é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.⁶⁹

⁶⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit., p. 40-1.

⁶⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 85-99, set./nov. 1996, p. 88.

Cabe destacar ainda a lição de María Ángeles Martín Vida:

(...) por *affirmative action* (acción afirmativa) se entiende, según la genérica definición dada por la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles, cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro. En sentido estricto, el término acción afirmativa hace referencia a aquellas políticas que adjudican determinadas ventajas o preferencias en función explícitamente de la pertenencia a un determinado grupo definido por un cierto rasgo transparente e imutable.⁷⁰

Um ponto essencial, muitas vezes omisso nas definições das ações afirmativas, diz respeito a um limite incontestável: o temporal. Tais medidas devem necessariamente cessar quando não mais estiverem presentes os motivos pelos quais foram estipuladas. São providências de caráter especial, que visam a elidir os desequilíbrios existentes entre as categorias sociais. Quando neutralizados esses desequilíbrios, acaba também sua razão de ser.⁷¹

A análise das definições apresentadas permite identificar outra questão sobre a qual pairam controvérsias. Qual seriam, afinal, os fundamentos das ações afirmativas? De início, vislumbrava-se nesses mecanismos a aptidão para compensar discriminações sofridas ao longo da história por algumas minorias, de modo a compensar injustiças pretéritas. O objetivo maior seria, portanto, ressarcir determinadas categorias de indivíduos de atos sociais ou políticas de subjugação a que tenham sido submetidas previamente.

Fatos lamentáveis, como a escravidão, a segregação racial e algumas práticas sociais (como a submissão das mulheres aos homens) sofridas pelos antepassados, encontrariam reparação por meio das ações afirmativas. Adota-se a premissa de que os danos causados a certas categorias no passado ainda repercutem hodiernamente e, logo, devem ser reparados, por meio da concessão de benefícios aos que foram historicamente desprestigiados em detrimento daquelas categorias que atuaram como sujeitos ativos dessa discriminação.

⁷⁰ MARTÍN VIDA, María Ángeles. Op. cit., p. 35-6, apud BELLINTANI, Leila Pinheiro. Op. cit., p. 48-9.

⁷¹ Nas palavras de Daniel Sarmiento: “As políticas de ação afirmativa devem ser temporárias e têm de cessar quando não estiverem mais presentes as razões que ensejaram a sua criação. Do contrário, estar-se-ia criando um sistema de castas, em que as pessoas teriam direitos diferenciados sem qualquer razão plausível para isso. Nada obsta, porém, que, ao fim do prazo estabelecido para a vigência da medida de discriminação positiva, seja ela prorrogada, caso seus objetivos ainda não tenham sido plenamente atingidos” (Op. cit., p. 164).

Tal fundamentação, posto que adotada em diversos sistemas jurídicos e abraçada por vários doutrinadores, carrega em seu seio uma *contraditio in adiecto*. É patente que só possui legitimidade jurídica para postular reparação por um dano a pessoa que realmente o tenha sofrido. Ademais, a legitimidade passiva da demanda é daquele que efetivamente praticou o ato.⁷² A mensuração do dano e, conseqüentemente, da compensação a ser realizada, é outro complicador, visto que extremamente subjetiva. Tal compensação, ou em espécie ou pela reserva de bens escassos da vida, é extremamente complexa. Gisele Cittadino trata de forma clara o problema:

O ato discriminatório do membro de um grupo não pode transformar automaticamente todo o grupo em devedor, da mesma maneira que a injúria sofrida por um indivíduo não pode ser compensada por uma preferência, benefício ou direito exercido por um outro. Como assinala Dworkin, “não há dúvidas de que a ação afirmativa não pode ser justificada como uma compensação, porque (...) as preferências requeridas pelos negros no presente não compensam gerações de negros que sofreram injustiças no passado”. (...) É evidente que isso não significa supor que a discriminação é um evento discreto que atinge apenas vítimas individuais. Ao contrário, quando as vítimas da discriminação pertencem a uma comunidade segregada, os seus efeitos atingem todos os seus membros. Não podemos, no entanto, transformar as políticas afirmativas em uma espécie de modelo de justiça grupal.⁷³

Por essa linha de raciocínio, as ações afirmativas não podem ser encaradas como mecanismos de compensação. Porém, apresentam fortes fundamentos de outras ordens. O cunho distributivo é inegável, no sentido de possibilitar que todos persigam seus ideais, sem que preconceitos ou discriminações imponham qualquer tipo de óbice. Ao permitir o acesso de todos aos bens escassos da vida, a

⁷² Registre-se, no entanto, a existência de opiniões em sentido contrário. Daniel Sarmiento enfatiza que “(...) a afirmação da injustiça dessa compensação se lastreia numa premissa excessivamente individualista, que ignora a possibilidade de existência de relações entre grupos, que podem inclusive assumir uma dimensão intergeracional e dar margem ao surgimento de direitos coletivos, titularizados também por grupos” (Ibidem, p. 154-5).

⁷³ CITTADINO, Gisele. “Invisibilidade”, Estado de Direito e Política de Reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 165. Nesse mesmo sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz destaca que “as teorias compensatórias sofreram duras críticas, uma vez que constitui regra basilar de qualquer legislação sobre indenizações, em caso de responsabilidade civil por atos ilícitos, de que apenas aquele agente que de fato os praticou pode ser acionado judicialmente. Dizer que toda a sociedade é culpada pela discriminação é, a nosso sentir, um argumento de conteúdo exclusivamente moral, sem qualquer pretensão jurídica” (Op. cit., p. 179).

justiça distributiva volta-se para o presente, ao passo que a criticada tese compensatória encontra arrimo no passado.⁷⁴

As ações afirmativas concretizam, em verdade, uma igualdade proporcional, cara à noção de bem comum, eis que distribuem direitos, privilégios e ônus entre os membros da sociedade. Além disso, atuam no sentido de fortalecer a identidade e a auto-estima, colaborando com a integração de grupos subprivilegiados no cenário do debate político. São dotadas, ainda, de nítida função pedagógica, já que objetivam a implementação de mudanças sociais e, com isso, incutem nos indivíduos a necessidade e o caráter salutar de princípios como o pluralismo e a diversidade em todas as esferas do convívio humano.

O matiz transformador, concomitantemente com a feição pedagógica, impinge o reconhecimento de duas realidades inquestionáveis: a persistência das manifestações discriminatórias no mundo atual e, por óbvio, a imperiosa necessidade de sua extirpação. As políticas de ação afirmativa almejam não apenas coibir as cotidianas manifestações discriminatórias, mas também erradicar os denominados *lingering effects*, ou seja, os efeitos da discriminação passada que persistem e reverberam no presente, com tendência à perpetuação (culturais, psicológicos, comportamentais e econômicos). Rompem, pois, com estigmas pretéritos e possibilitam a integração político-social de grupos até então marginalizados.

3.2.3

A questão pelo prisma constitucional

É consenso no Direito estrangeiro que o combate à discriminação não é eficaz pela simples existência de normas proibitivas. Para neutralizá-la e corrigir os efeitos dela decorrentes de modo exitoso, é imprescindível o uso de medidas

⁷⁴ Nas palavras de Joaquim Barbosa Gomes, “a tese distributivista propõe a adoção de ações afirmativas, que nada mais seria do que a outorga aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. Portanto, sob esta ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizadas por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável – a discriminação, seja ela racial, sexual, religiosa ou de origem nacional” (Op. cit., p. 66).

positivas, afirmativas, capazes de interromper a tendência à perpetuação do ciclo discriminatório.

Surge, neste íterim, um dilema constitucional. Agir positivamente, de forma incisiva, contra as injustiças provocadas pela desigualdade significa valer-se de critérios e classificações que, em tese, não são albergados pelo Direito Constitucional. Isso acarreta alguma desconfiança por parte da doutrina e da jurisprudência. Em outros termos, o combate ao racismo e ao sexismo, por exemplo, somente será eficaz se realizado por meio de medidas que levem em consideração os fatores raça e sexo. Tal dilema afronta a ortodoxia constitucional dos países ocidentais, cujas Constituições têm como um dos principais pilares justamente o princípio da igualdade, pelo qual ditos fatores não podem ser relevantes, sobremaneira na esfera pública.

O embate apontado torna controversa a constitucionalidade das ações afirmativas. Muitos textos magnos não contêm autorização expressa para a adoção dessas medidas, o que fomenta o argumento de inconstitucionalidade face à ausência de norma permissiva. Soma-se a isso a postura de vários doutrinadores e intérpretes que, pelo fato de as Constituições proibirem expressamente discriminações negativas com fulcro em determinantes como raça ou sexo, consideram inviável a adoção de medidas com sinal oposto, salvo expressa previsão constitucional.

A doutrina européia, em parte, considera que a simples previsão do princípio da igualdade não autoriza a adoção de discriminações positivas.⁷⁵ Permite, no entanto, a promoção de medidas que busquem a consecução da igualdade material, através da remoção de obstáculos de índole econômica, cultural ou social. Sobre a postura de alguns doutrinadores lusitanos, que reflete as principais diretrizes seguidas no continente europeu, Leila Pinheiro Bellintani tece a seguinte observação:

Percebe-se que parte da doutrina lusitana admite a possibilidade de adoção de ações afirmativas, desde que expressamente prevista nas cartas constitucionais, salientando que a singela previsão do princípio da igualdade, por si só, não se consubstancia em permissivo legal adequado para a adoção de tais medidas. Asseveram, assim, a necessidade de haver dispositivo constitucional expresso que

⁷⁵ Percebe-se, nesse ponto, a distinção terminológica apontada entre ação afirmativa e discriminação positiva, sendo esta considerada como espécie e, aquela, como gênero (v. item 2.2.1).

estipule a diferenciação, com o escopo de alcançar maior igualdade entre os indivíduos, diminuindo, dessa forma, as disparidades sociais, econômicas e culturais.⁷⁶

Porém, na atualidade, essa não é a corrente majoritária. Os dispositivos legais e constitucionais dos diversos países que proíbem as discriminações devem ser lidos por lentes mais consentâneas aos dias de hoje. Passam, portanto, a ter um significado de relembrar ao legislador, aos aplicadores da lei e à sociedade em geral quais são as categorias de indivíduos que sofreram e ainda sofrem discriminações e necessitam de tratamento diferente, de modo a alcançar a igualdade de fato.

Não possuiriam tais regras o condão de impedir diferenciações legais, mas sim de assinalar a existência das discriminações na realidade e de endossar as políticas afirmativas, como modo adequado de promover a igualdade plena. Se, por um lado, incentivam as discriminações positivas, por outro, impedem as chamadas discriminações negativas, práticas degradantes a que, infelizmente, muitas categorias de indivíduos já foram submetidas no curso da história.

A questão da ausência de previsão constitucional expressa consubstancia mero requisito formal, superável diante da concreta necessidade de efetivar a igualdade material. Enfatiza o avanço da doutrina norte-americana no tema Joaquim Barbosa Gomes:

O que caracteriza o Direito norte-americano nesse domínio é precisamente o fato de ele haver rompido com essa suposta ortodoxia constitucional, ao admitir que, embora os critérios e classificações de ordem racial sejam em princípio *suspeitos* sob o prisma constitucional, são eles no entanto plenamente compatíveis com a Constituição quando concebidos com o fim exclusivo de corrigir injustiças, de promover a igualdade e não de segregar ou marginalizar certos grupos de pessoas.⁷⁷

A Constituição brasileira de 1988 traz em seu bojo diversas previsões acerca da igualdade jurídica.⁷⁸ A interpretação desses dispositivos denota a imperatividade da postura estatal ativa e deixa patente a passagem do conteúdo inerte para uma concepção dinâmica do princípio.

⁷⁶ BELLINTANI, Leila Pinheiro. Op. cit., p. 79.

⁷⁷ GOMES, Joaquim Barbosa. Op. cit., p. 77.

⁷⁸ Cármen Lúcia Antunes Rocha relembra que “o princípio da igualdade jurídica é de sempre da norma constitucional brasileira. O preconceito é de sempre da prática brasileira. Desde a primeira Constituição Brasileira – a Carta Imperial de 25 de março de 1824 – a igualdade é contemplada como princípio insculpido entre os direitos fundamentais assegurados ao indivíduo. A escravidão, então vigente, nem considerava todo indivíduo gente, que dirá igual...” (Op. cit., p. 90).

Já no preâmbulo observa-se a preocupação em “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, (...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista e sem preconceitos”. Diante disso, percebe-se que a positivação da ordem constitucional de 1988 almejou impedir a perpetuação das desigualdades na sociedade. Sobremaneira, criou um modelo democrático capaz de assegurar o direito à igualdade, não apenas como regra ou princípio, mas como valor essencial do sistema estabelecido.

A comentada transformação do princípio da igualdade, que passou a exortar o Estado a agir, mostra-se mais clara no artigo 3º da Constituição. Nele encontram-se elencados como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- (...)
- III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os três incisos transcritos são claros ao demandar uma postura estatal ativa na busca de um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito constituído, qual seja, a igualdade.⁷⁹ Há, dessarte, um chamamento à ação, de modo a efetivar mudanças nas condições sociais, políticas, econômicas e regionais. Caso a igualdade jurídica fosse considerada tão-somente como impeditiva de tratamentos discriminatórios, o princípio afigurar-se-ia como absolutamente insuficiente para alavancar a realização dos objetivos da República consagrados em sede constitucional.

Interessante é a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – *construir, erradicar, reduzir, promover* – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações

⁷⁹ “O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilasstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição da República)” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 91).

transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional.⁸⁰

O artigo 5º do texto magno corrobora essa opinião, pois inicia o tratamento dos direitos fundamentais reafirmando o postulado da igualdade. Ademais, a redação dos incisos XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) e XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”) demonstra claramente a extensão do princípio isonômico ao legislador infraconstitucional.

A ação afirmativa é, por conseguinte, o meio adequado a promover uma ação transformadora, permitindo que se chegue à igualdade real que a Constituição brasileira assegura a todos os cidadãos como direito fundamental.⁸¹ É tarefa do legislador buscar meios de efetivar o princípio em tela, como forma de concretizar os mandamentos constitucionais, os quais não podem significar um reles corpo programático de normas, e sim um instrumento para a realização do objetivo primordial do Constitucionalismo contemporâneo, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Afinal, não há dignidade dissociada de justiça social.

No Brasil, conquanto as políticas afirmativas provoquem acalorados entreveros, ainda não há posicionamento consolidado do Supremo Tribunal Federal. Porém, é importante ressaltar que, em duas ocasiões, já houve manifestação sobre o tema.

Em uma delas, o tribunal manifestou-se, incidentalmente, por meio do voto de dois ministros, pela compatibilidade das ações afirmativas com o direito constitucional brasileiro. Isso ocorreu no julgado em que, ao emprestar interpretação conforme ao artigo 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998, afastou-se o risco de discriminação indireta contra as mulheres no mercado de trabalho. Foi feita expressa menção à experiência norte-americana das ações afirmativas como conteúdo não apenas compatível com o direito constitucional brasileiro, mas também por ele requerido. O voto do ministro Nelson Jobim

⁸⁰ Ibidem, p. 92.

⁸¹ O próprio texto constitucional pátrio traz estampados exemplos de ações afirmativas. O artigo 37, inciso VIII, dispõe que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Já o artigo 170, inciso IX, concede “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

considerou a discriminação positiva constitucionalmente legítima como instrumento para alcançar a igualdade real. Já o Ministro Sepúlveda Pertence destacou a “... lógica da ação afirmativa como forma de realizar normas e princípios constitucionais, de inspiração isonômica, ainda que programáticos”.⁸²

O outro julgamento ocorreu cautelarmente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e, tanto liminarmente, quanto na apreciação da demanda principal, o Supremo Tribunal concluiu, por unanimidade, pela constitucionalidade de legislação estadual paulista que instituiu benefício fiscal às empresas que concederem tratamento preferencial a maiores de 40 anos na composição de seu quadro profissional. Restou assentado que o tratamento preferencial decorria da realidade do mercado trabalhista e almejava corrigir uma situação de desigualdade social. Ficou expresso, ademais, que o princípio da igualdade no direito brasileiro reclama atenção para as desigualdades sociais e demanda sua compensação, de forma a não favorecer uma situação de desigual proteção jurídica.⁸³

Em ambos os casos, enfrentou o tribunal a tensão existente entre igualdade de direito e imperatividade da promoção da igualdade de fato. No entanto, pode-se afirmar que a edição de tais medidas não está ao livre alvedrio legislativo. Do contrário, há a premente necessidade de demarcar limites, como forma de afastar o arbítrio

3.3

Especificidades do princípio da igualdade

⁸² A ementa do referido julgado diz o seguinte: “(...) E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a *discriminação* que a Constituição procurou combater, quando proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres, previsto no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC n. 1.946/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. D. J. 14/09/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 30 out. 2007).

⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MC/ADI n. 1.276-2/SP. Rel. Min. Octávio Gallotti. D. J. 15/12/1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 30 out. 2007.

3.3.1

O problema da valoração e o critério do arbítrio

Como explanado alhures, o princípio da igualdade passou por um processo evolutivo, no curso do qual seu sentido e abrangência foram substancialmente alterados. Atualmente, já não mais se parte da igualdade plena entre os cidadãos. A individualidade deve ser sempre respeitada, pois cada um apresenta suas próprias características, capacidades e valores. O preceito isonômico não mais pode ser encarado apenas em sentido negativo, limitado à proibição de privilégios e discriminações. É crucial que sirva para fomentar uma verdadeira igualdade, respeitadas as diferenças individuais, o que acentua a dimensão social. Devem ser implementadas, nesse sentido, políticas capazes de promover real isonomia na sociedade.

O problema é que o princípio da igualdade não apresenta conteúdo nem processo para, de per si, atingir ditos objetivos. Há quem diga, inclusive, que o mesmo não passa de fórmula vazia. Os defensores dessa corrente aduzem que qualquer característica poderia ser levada em consideração para a edição de normas discriminatórias que almejassem maior igualdade. Poder-se-ia optar livremente por qualquer critério, como idade, sexo, cor, tipo de cabelo, entre outras.

Não haveria, portanto, necessidade de fundamentar as razões que levam determinados indivíduos a viverem em situação de desigualdade, mas simplesmente caberia ao legislador escolher uma premissa qualquer e editar a norma. A postura em questão não considera a valoração do caso concreto como elemento do preceito isonômico. Sua aplicabilidade independeria de critérios de justiça, embasando-se apenas em algum fator exterior livremente apontado pelo legislador como relevante.

Concordar com essa teoria é, decerto, retirar razão de ser do princípio, que poderia ser utilizado a serviço de interesses individuais, afastado de qualquer noção de igualdade substancial. Portanto, é cogente reconhecer a valoração como um de seus elementos essenciais. É inegável que a idéia de igualdade é essencialmente comparativa, somente surgindo quando presentes dois ou mais

elementos concretos que possam embasar a análise do legislador. Para cada situação específica de desigualdade social, deve-se buscar as razões suficientes para ensejar as distinções adotadas em leis específicas.⁸⁴

Não é factível a instituição de diferenciações legais dissociadas do objetivo maior, qual seja, combater a origem das desigualdades, igualando os desiguais. Seja qual for a ordem de valores adotada (jurídica, moral, filosófica, econômica, etc.), certo é que não poderá ser eminentemente subjetiva. Ao revés, deverá ser o mais objetiva possível, com esteio nos princípios vigentes na sociedade, em determinado momento histórico, o que torna possível a aplicação prática. Se forem eleitas circunstâncias, situações ou valores alheios à sociedade, a atividade legislativa irá de encontro aos anseios dos cidadãos e, outrossim, à própria Constituição. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que:

(...) o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.⁸⁵

Um ordenamento jurídico que simplesmente imponha a necessidade de concretização do princípio da igualdade, sem demarcar limites ou mecanismos para a sua consecução, certamente concede ampla margem para que o legislador ordinário edite as normas que achar necessárias e convenientes para materializá-lo. Não há, de fato, nenhum mecanismo totalmente seguro para identificar quais diferenciações devem ou não ser adotadas pelo Legislativo. Este, no entanto, precisa sempre verificar se há correlação lógica entre o critério eleito e a

⁸⁴ José Afonso da Silva enfatiza que o legislador decide “como ‘essenciais’ ou ‘relevantes’ certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais estas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos ‘essenciais’ previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas ‘situações idênticas’, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos” (Op. cit., p. 211).

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. at. 14. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 38-9.

diferenciação concedida em função dele. Ao Judiciário, como guardião da justiça, cabe a verificação desse processo, evitando a burla de preceitos constitucionais.

Com o fito de contornar o problema, algumas Cortes Constitucionais têm adotado o conceito de arbítrio como critério de resolução para a valoração inerente ao princípio da igualdade. Dentro do contexto de um Estado de Direito, a ausência de motivo racional evidente, resultante da natureza das coisas, que sirva de supedâneo para a desigual regulação de situações de fato iguais ou para a igual regulação de situações de fato desiguais, torna a norma que estipula essa regulação arbitrária.⁸⁶

Dessa forma, toda vez que determinados grupos forem legalmente beneficiados, imperativo será averiguar se outros indivíduos não poderiam ser incluídos ou excluídos nesses benefícios. José Joaquim Gomes Canotilho coloca a proibição do arbítrio nos seguintes termos:

(...) existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição geral do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação do princípio da proibição geral do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objetivo. Ele costuma ser sintetizado da seguinte forma: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.⁸⁷

Conforme noticia Robert Alexy, o Tribunal Constitucional alemão estabelece vinculação entre a máxima da igualdade e a arbitrariedade do tratamento:

La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para lo tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la

⁸⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 382.

⁸⁷ Idem. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. cit., p. 390-1.

naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposicion tiene que ser calificada de arbitraria.⁸⁸

A proibição do arbítrio pode ser encarada como uma fórmula a ser empregada pelo Judiciário na verificação e controle das funções do Legislativo, nas situações em que tem que analisar a norma em face da argüição de violação do princípio da igualdade. Mas, congregando os elementos presentes nas definições acima, percebe-se a utilização de expressões vagas, que demandam alto grau de subjetividade, como *fundamento razoável* e *razón razonable*. Permanece, portanto, a ausência de critérios e parâmetros de controle jurisdicional, já que ambos os termos encontram-se fortemente marcados pela exigência de juízos de valor.

Portanto, a teoria da vedação do arbítrio não atua, propriamente, como instrumento capaz de determinar o conteúdo do mandamento isonômico. Expressa, antes, um verdadeiro limite à competência judicante. O Tribunal Constitucional Português já manifestou esse raciocínio, como comprova o excerto abaixo:

Trata-se de um critério de controlabilidade judicial do princípio da igualdade que não põe em causa a liberdade de conformação do legislador ou da discricionariedade legislativa. A proibição do arbítrio constitui um critério essencialmente negativo, com base no qual são julgados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade. A interpretação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio significa uma autolimitação do juiz, o qual não controla os juízos da oportunidade política da lei, isto é, se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução mais adequada ao fim, mais razoável ou mais justa.⁸⁹

As características expostas revelam a insuficiência do critério da proibição do arbítrio, eis que este não está apto a equacionar situações relativas à igualdade ou à desigualdade que não possam ser conduzidas a uma solução arbitrária. Questões de maior complexidade, como a realização da igualdade material por meio das ações afirmativas, certamente impingem averiguação mais detida. Necessariamente, deve haver a análise da natureza e do peso dos fundamentos que justificam a adoção do tratamento diferenciado. Não se pode, assim, atribuir ao

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 391.

⁸⁹ In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. cit., p. 391.

princípio da igualdade o sentido de um direito de caráter meramente defensivo ou negativo.

3.3.2

Pelos óculos de Alexy: o paradoxo da igualdade

Como constatado, a evolução do princípio da igualdade consolidou a premissa de que este, em sua vertente formal, constitui, se não um mandamento, ao menos uma autorização para a criação da igualdade de fato. Dito de outro modo, a máxima isonômica alberga tanto o aspecto material quanto o formal (como depreendido da célebre passagem *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*), sendo esse o verdadeiro sentido do princípio geral da igualdade positivado em sede constitucional (*todos são iguais perante a lei*).

O mandamento de criação da igualdade de fato, ínsito à máxima da isonomia, encontra amparo nos julgados do Tribunal Constitucional alemão, como se pode inferir da seguinte assertiva: *ya la promoción de determinados grupos significa tratar a otros desigualmente*.⁹⁰ Robert Alexy, ao analisar a questão, aponta a existência de uma relação de contraditoriedade e tensão entre as citadas dimensões do princípio, fato que denominou paradoxo da igualdade:

Quien desee crear igualdad *de hecho* tiene que aceptar una desigualdad *de iure*. Por otra parte, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad *de iure* deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza. Si se adscribe al artículo 3 párrafo 1 LF tanto un principio de la igualdad *de iure* como así también un *principio de la igualdad de hecho*, se produce ya dentro del marco de la máxima de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un tratamiento igual es, según el otro, un tratamiento desigual y vice versa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio amplio de la igualdad implica una “paradoja de la igualdad”.⁹¹

Para o autor, a superação do apontado paradoxo poderia se encontrar na renúncia total ao viés formal ou ao material do princípio (valendo-se da terminologia do autor, à igualdade *de jure* ou à *de facto*, respectivamente).

⁹⁰ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 404.

⁹¹Ibidem, p. 404.

Acresce, no entanto, que a exclusão do primeiro aspecto é impossível sob a perspectiva do Direito Constitucional. Isso é devido ao fato de que a igualdade fática, de per si, traz em seu bojo um grave problema, referente à imperfeição do controle possível de ser realizado sobre o processo de criação da igualdade. A igualdade, encarada somente pela perspectiva material, situar-se-ia numa zona nebulosa, fronteira à arbitrariedade.

Em virtude da impossibilidade de renúncia ao sentido formal da igualdade, Alexy questiona a viabilidade de exclusão da vertente material de sua estrutura significativa.⁹² No enfrentamento de tal indagação, sustenta que o modelo a ser adotado fundamenta-se na clássica fórmula *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*.

A primeira parte da assertiva deve ser interpretada por meio de uma norma de tratamento igual (*Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual*), enquanto a segunda parte, por meio de uma norma de tratamento desigual (*Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual*).⁹³

Consoante o autor, o primeiro passo para a construção do presente modelo é interpretar o conceito de *tratamento* como referente ao ato estatal em essência, em contraposição à exegese voltada às conseqüências (primazia das conseqüências práticas da ação estatal). Considera-se, tão-somente, a atuação em si. Nesse ínterim, as normas de tratamento dirigem-se apenas ao princípio da igualdade formal, o que expressa preferência básica em favor deste.

O segundo passo refere-se ao enfoque dado à igualdade *de facto*. No modelo adotado, deve-se considerá-la ao lume da idéia de razão suficiente, a qual pode apontar para a permissão ou imposição de um tratamento desigual. Na primeira hipótese (permissão), não se verifica a presença de um direito definitivo a determinado tratamento *de jure* igual. Aqui, a igualdade fática, sob a insígnia do Estado Social de Direito, atua como restrição ao princípio da igualdade jurídica

⁹² Frise-se, a respeito, que tal postura não apregoa a sumária eliminação da vertente material do princípio da igualdade. Do contrário, ao retirá-la da estrutura significativa basilar, Alexy procura conciliar o paradoxo por ele apontado: a igualdade *de jure* demarca o processo de exegese e estipula a necessidade de tratamento igual ou desigual, ao passo que a igualdade *de facto* fornece, ou não, supedâneo à desequiparação (*razón suficiente*), contrapondo-se, por meio da ponderação, aos demais princípios em jogo (inclusive à igualdade *de jure*).

⁹³ *Ibidem*, p. 408.

formal. Na segunda hipótese (imposição), há um direito definitivo ao tratamento *de jure* desigual, com vistas à criação da igualdade *de facto*. Em outros termos, o princípio da igualdade fática desempenha o papel de uma razão para um direito a determinado tratamento jurídico desigual, com escopo de criar igualdade de fato.

Pela ótica de Alexy, esse último é o ponto crucial da questão e demanda, para esmerada avaliação, a compreensão da igualdade *de facto* como objeto de um princípio, definidor de posições jurídicas *prima facie*, o qual pode ser afastado mediante a presença de princípios jurídicos opostos.

Portanto, afirma o autor que o princípio da igualdade *de facto* somente é razão suficiente para um direito definitivo concreto ao tratamento desigual de direito, com fito de buscar a criação de parcela de igualdade fática, se lograr afastar todos os demais princípios opostos que estiverem em jogo. Entre esses, sempre presente, está a igualdade *de jure*, já que todo tratamento jurídico desigual destinado a concretizar a igualdade substancial imporia restrição à realização da igualdade formal (por meio da redução no âmbito de proteção).

Além disso, imperativo é considerar todos os demais princípios colidentes, tais como a separação de competências entre legislador e Corte Constitucional (o que implica a conformação da liberdade do legislador democraticamente legitimado) e o princípio das liberdades negativas. Em remate, Alexy diz que:

Todo esto pone de manifiesto que la clasificación del principio de la igualdad fáctica como una posible razón suficiente para la obligatoriedad de un tratamiento desigual de jure que sirva para la creación de una igualdad de hecho no implica que la igualdad de jure o la libertad negativa sea injustificablemente desplazada por la igualdad de hecho ni que la competencia para la conformación del orden social sea desplazada inadmisiblemente del legislador al Tribunal Constitucional Federal. Más bien, se crea así un modelo que permite adscribir también al artículo 3 párrafo 1 LF el principio de la igualdad de hecho, y, con ello, concebir esta disposición como expresión de una concepción amplia de la igualdad, sin que por ello se prejuzgue acerca de una determinada concepción de la igualdad. La clave teórico-normativa y metodológica al respecto es la teoría de los principios.⁹⁴

O modelo propõe a divisão das competências constitucionalmente estipuladas, separando os campos de atuação do órgão legiferante e da Corte Constitucional. Ao permitir a consideração de princípios que eventualmente se contraponham, no caso concreto, à igualdade substancial, dá azo a maior

⁹⁴ Ibidem, p. 410.

racionalização, a ser efetivada por meio da argumentação inerente ao juízo de ponderação valorativa.

Outrossim, nos casos em que a igualdade de fato mostrar-se apta a elidir os demais princípios contrapostos, verifica-se a possibilidade de instituir um direito definitivo à criação de determinada fração de igualdade substancial. A pretensão de Alexy é reconduzir a problemática da igualdade de fato à seara da teoria das normas, de modo a estabelecer um critério de ponderação capaz de equacionar o conflito entre valores e bens colidentes.⁹⁵

Tal critério encontra supedâneo no princípio da proporcionalidade. No concernente à colisão entre igualdade de fato e de direito, esse princípio apresenta-se como absolutamente idôneo a solucionar o conflito, nos dois aspectos precípuos a serem considerados. De um lado, como limite material à restrição de direitos fundamentais, em razão da redução imposta ao âmbito de proteção da igualdade formal com o implemento de medidas destinadas a

⁹⁵ Importante, neste momento, atentar para a diferença entre regras e princípios no âmbito constitucional. A teoria dogmática mais aceita hodiernamente afirma que tanto regras como princípios são normas, eis que ambos implicam comandos de dever ser e contêm os modais deônticos de proibição, permissão ou obrigação. Não mais são acatadas as antigas teorias que relegam os princípios ao segundo plano, detentores de rele função completiva ou interpretativa de outras disposições normativas. Essa é a concepção advogada por Robert Alexy. Em razão da complexidade do tema, *in nuce*, cabe ressaltar o seguinte: as regras são razões objetivas para a realização de determinada conduta; os princípios, razões genéricas para a realização de certa conduta, devendo ser cumpridos na maior medida dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (são mandados de otimização, portanto).

As regras possuem, assim, alta carga normativa, o que enseja a sua aplicação imediata e direta sobre os fatos subsumidos ao seu império. Em caso de conflito entre elas, aplicam-se os três já conhecidos critérios para resolução de antinomias. São estes: regra superior revoga inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), regra posterior revoga anterior (*lex posterior derogat legi priori*) e a regra especial revoga a genérica (*lex specialis derogat legi generali*). A aplicação destes critérios resulta no expurgo de uma das regras do sistema normativo, enquanto a outra passa a ter eficácia plena.

No tocante aos princípios, a densidade normativa é diminuta, o que não implica a inferioridade dos mesmos, pois embasam as regras, determinando o seu âmbito de aplicação e a forma de integração, além de incidirem diretamente sobre casos concretos. Nenhuma regra pode ser aplicada em contraposição a um princípio fundamental. A baixa carga normativa impinge ao intérprete a realização de um juízo preliminar, hábil a verificar a real abrangência do princípio, possibilitando sua escorreita aplicação. Em caso de colisão entre dois ou mais princípios, deve-se sopesá-los por meio de dois mecanismos básicos: a máxima da proporcionalidade e a técnica da precedência condicionada. Verifica-se, por meio desses mecanismos, qual o princípio que deve prevalecer no caso concreto, sem, contudo, eliminar o outro do ordenamento jurídico. Desta feita, a integridade do sistema é mantida e os interesses contraditórios são conciliados. Os princípios constitucionais (como a igualdade) têm prevalência sobre todas as demais normas infraconstitucionais (sejam regras ou outros princípios).

promover a igualdade material; de outro, como critério definidor da constitucionalidade, dentro do marco da igualdade, de determinados tratamentos iguais ou desiguais dispensados através da lei.

Pode-se, então, afirmar a aplicabilidade do modelo desenvolvido à problemática da implementação das ações afirmativas pela via legiferante. Conforme já enfatizado, tal posituação acarreta a restrição da vertente formal da igualdade em prol da consagração material do mesmo princípio, o que revela a relação de tensão e contraditoriedade inerente aos dois imperativos. Dessa forma, as situações de colisão do paradoxo da igualdade necessitam de um critério apaziguador, qual seja, a proporcionalidade. Verifica-se, por conseguinte, a importante contribuição de Robert Alexy para o tema, eis que permite a indagação acerca dos fundamentos constitucionais das ações afirmativas, ditando diretrizes metodológicas e procedimentais para a investigação de sua constitucionalidade abstrata.