

ALEXANDRE VITORINO SILVA

**FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E TIPOLOGIA DAS AÇÕES
AFIRMATIVAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.
UMA ABORDAGEM À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE
MATERIAL E DA DIMENSÃO DE NÃO-DISCRIMINAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

IDP

BRASÍLIA – 2008

RESUMO

A presente monografia final aborda os fundamentos constitucionais e a tipologia das ações afirmativas no Direito Constitucional Brasileiro. O objetivo é verificar se há base constitucional e, em caso afirmativo, quais são os limites para a adoção e disseminação das ações afirmativas no Brasil. Estudam-se, nele, sobretudo os programas de ação afirmativa já delineados pela Constituição em favor de afro-descendentes, mulheres e portadores de deficiência, bem como os principais problemas ligados à efetivação do direito à igualdade formal. O trabalho identifica, ainda, as formas mais corriqueiras de discriminação tratadas pela doutrina especializada, bem como os problemas relacionados a sua detecção e combate.

ABSTRACT

The present essay is about the constitutional foundations and sorts of legitimate affirmative action programs. The main purpose of the analysis is to answer whether there is a constitutional support for adopting such programs under Brazilian law, and which constitutional standards should apply in order to avoid reverse discrimination. The emphasis is settled on equality of opportunities the minority groups of citizens already targeted by the Brazilian Constitution, such as afro-brazilians, women and disabled people. Part of the research was on enforcement issues related to equality of birth and the extension of the equal protection clause under law. The study also theorizes on the most common kinds of prejudice and the basic detection e preventing tools to fight against such human rights violations.

SUMÁRIO

1.0	Introdução	(5)
2.0	Desenvolvimento.	(7)
2.1	Regras e Princípios.	(7)
2.2	Princípio da Igualdade em Sentido Formal e Material	(12)
2.3	Discriminação	(16)
2.3.1	Conceito	(16)
2.3.2	Tipologia	(17)
2.3.2.1	Discriminações Intencionais Explícitas	(17)
2.3.2.1.1	Teoria do Impacto Desproporcional	(20)
2.3.2.2	Discriminações Intencionais Implícitas	(21)
2.3.3.3.	Discriminações Não Intencionais	(22)
2.4	Conceito de Ações Afirmativas	(22)
2.4.1	Fundamentos Constitucionais das Ações Afirmativas	(23)
2.4.2.	O Problema das Quotas e as Objeções que se Fazem às Ações Afirmativas	(26)
2.4.3	Ações Afirmativas no Direito Constitucional Brasileiro	(30)
2.4.3.1	Ação Afirmativa e gênero	(30)
2.4.3.2	Ação Afirmativa e Raça	(35)
2.4.3.3	Ação Afirmativa e Deficiência	(41)
2.4.3.3.1.	Conceito Normativo de Deficiência	(42)
2.4.3.3.2	Do Conceito Multidisciplinar de Deficiência	(44)
2.4.3.3.3	Das Ações Afirmativas Constitucionais Estabelecidas em Favor das Pessoas Portadoras de Deficiência.	(50)
2.4.3.3.3.1	Do Direito Ao Benefício da Prestação Continuada	(50)
2.4.3.3.3.2	Do Direito ao Trabalho e às Quotas nos Concursos Públicos	(54)
3.0	Considerações finais	(66).
4.0	Referências Bibliográficas	(68)

1.0 Introdução

A Constituição Brasileira plasmou, como objetivos perenes da República, o ódio à desigualdade e o amor à diferença. Assumiu, perante cada brasileiro e estrangeiro acolhido pela nação brasileira, o compromisso de construir uma sociedade solidária, justa, livre da pobreza, da marginalização e de todas as formas de discriminação, alicerçada nos fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O objetivo do presente trabalho é, diante dessa missão constitucional, estudar, brevemente, o problema da possibilidade de implementação de políticas de discriminação positiva – ações afirmativas em favor de certos segmentos populacionais historicamente discriminados – afro-descendentes, mulheres e deficientes no direito brasileiro, tendo em vista as diretrizes constitucionais sobre o princípio da igualdade e sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Secundariamente, visa-se, ainda, a uma descrição das medidas afirmativas vigentes e das propostas vanguardistas de sua ampliação.

Cuida-se, inicialmente, da distinção entre regras e princípios.

Posteriormente, enfrentam-se as diferenças conceituais entre o princípio da igualdade formal e o princípio da igualdade material, que conduzem ao fundamento teórico constitucional das medidas de desequiparação

Brevemente, estudam-se, ainda, as modalidades mais comuns de discriminação, seu conceito e tipologia.

Outrossim, analisam-se os possíveis fundamentos constitucionais que poderiam ser invocados como suporte constitucional de políticas de ação afirmativa e as críticas possíveis a esse instrumento político de combate à discriminação.

Embora sejam as ações afirmativas definidas de forma abrangente, o estudo concentra-se sobretudo na análise de constitucionalidade das quotas, que encarnam a forma mais difundida e mais radical de ação afirmativa.

Finalmente, são analisados os projetos de lei e leis afirmativas que têm recebido maior destaque nos espaços públicos de discussão como o Parlamento e a mídia escrita.

Examinam-se, ainda, nos limites de um trabalho monográfico final de pós graduação *lato sensu*, as principais medidas de ação afirmativa previstas no texto constitucional que se destinam ao combate à discriminação de raça, de gênero e de compleição física.

Fazem-se, ainda, nesse tópico, comentários sobre a necessidade de a Corte Constitucional Brasileira enveredar pela análise de prognoses legislativas como *condição sine qua non* para um controle de constitucionalidade adequado das ações afirmativas.

O tema é inquietante e suscita problemas de aplicabilidade prática e de sustentação teórica.

Espera-se provocar o leitor à reflexão e ao menos gerar em sua consciência sérias dúvidas sobre leituras precipitadas que enxerguem no princípio da igualdade formal a panacéia de todas as formas de discriminação.

2.0 Desenvolvimento

2.1 REGRAS E PRINCÍPIOS

Um trabalho cujos objetos são o princípio da igualdade e as ações afirmativas deve começar pela definição do que seja princípio, marco teórico¹ de toda a discussão a ser travada. Mais do que isso, deve apartar tal espécie normativa do conceito de regra, pois tal distinção é de importância capital para a interpretação da denominada parte dogmática do texto constitucional, ou seja, do capítulo relativo à interpretação dos direitos fundamentais, especialmente no tocante às colisões de direitos.

De modo bastante sintético, pode-se dizer que regras e princípios são espécies do gênero normas e que, conjuntamente, compõem um sistema jurídico dialogicamente aberto², isto é, caracterizado pela polissemia e capacidade de aprendizagem na resolução dos casos concretos (diálogo entre a norma e a realidade).

Têm, em comum, portanto, o fato de serem normas jurídicas centrais na definição da competência dos órgãos estatais, bem como dos direitos e garantias fundamentais. Assemelham-se, ainda, quanto à origem e hierarquia, de vez que ambas estão postas no ápice da pirâmide normativa do sistema jurídico³.

Malgrado ostentem tais pontos de aproximação, os princípios e regras não se confundem. As diferenças entre as duas espécies são, todavia, complexas⁴.

¹ Marco teórico é a teoria de base a partir da qual se constrói a dissertação. Neste trabalho, adota-se como marco teórico a noção de princípio em DWORKIN, que entende que esse tipo de norma tem estrutura lógica diferenciada em relação às regras, porque não prevê consequência unívoca e, assim, não é aplicável como proposição disjuntiva.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1085.

³ Não existe, assim, hierarquia formal entre tais normas. Pensar o contrário seria destruir a unidade da Constituição.

⁴ *Ibidem*, p. 1087. O autor lusitano demonstra a sua perplexidade diante da dificuldade de distinguir-se uma espécie normativa da outra. Confira-se: “Como se pode ver, a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retoricamente argumentativa ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma família e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa”. Mais adiante, porém, o professor reconhecerá a possibilidade de distinguir uns das outras, pelo grau de determinabilidade de aplicação no caso concreto.

A primeira distinção – e, também, a mais importante do ponto de vista da hermenêutica constitucional – é de natureza lógica e decorre do modo de sua aplicação.

As regras são aplicáveis à moda de proposições disjuntivas⁵, ou seja, segundo a máxima do tudo ou nada. Ocorrido, no mundo dos fatos, o suporte hipotético disciplinado, impõe-se, de imediato, uma conseqüência jurídica unívoca, desde que a regra seja válida segundo as regras de reconhecimento de um ordenamento jurídico, ou seja, consoante as normas do processo legislativo disciplinado constitucionalmente.

A seu turno, os princípios caracterizam-se pela inexistência de uma conseqüência jurídica aplicável de plano quando realizado o suporte fático. Por essa razão, podem incidir conjuntamente em uma mesma situação de fato, e sofrer, reciprocamente, condicionamentos que ora darão preponderância a um, ora a outro.

J. J. GOMES CANOTILHO refere-se a tal elemento distintivo como grau de determinabilidade⁶ na aplicação ao caso concreto. Assevera que a indeterminação da estrutura normativa do princípio requer do seu destinatário (legislador ou juiz) uma mediação concretizadora. Já as regras, em oposição, seriam, para o mestre português, diretamente aplicáveis e mutuamente excludentes.

A formulação da distinção acima descrita foi também sintetizada por RONALD DWORKIN:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste

⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 80.

⁶ Ob. cit., p. 1086.

caso em nada contribui para a decisão. (...) Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplo nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.”⁷

Dada essa diversidade lógica, é possível, teoricamente, que, presentes dois princípios quaisquer em situação de tensão, a um deles seja dada primazia em um caso concreto, sem que seja necessário invalidar qualquer deles, e nem mesmo reconhecer uma regra absoluta de preponderância de um sobre o outro. É que, em face da diferença qualitativa em relação às regras, os princípios são ordens de otimização e, destarte, devem ser realizados apenas tanto quanto possível.

Uma regra, assim, incide e afasta a incidência de outra. Os princípios, ao revés, podem incidir ao mesmo tempo e submeter-se-ão ao método da ponderação axiológica. No caso concreto, estabelecida uma tensão entre duas normas dessa espécie, o intérprete deverá atribuir-lhes pesos, de modo que um prepondere sobre o outro.

Decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal são elucidativas sobre o procedimento de ponderação axiológica referido. Em acórdão prolatado em processo de extradição, a Suprema Corte Brasileira decidiu, ante a suspeita de estupro carcerário levantada pela extraditanda, cantora mexicana de larga projeção internacional, que, na tensão instaurada entre o seu direito à intimidade e privacidade e o direito à honra e imagem dos policiais federais encarregados da sua custódia, devia-se dar preponderância ao segundo, uma vez que o exame de DNA seria realizado na sua placenta, circunstância essa que afastava a ofensa ao núcleo essencial do direito à intimidade da cantora e de seu filho recém-nascido. O critério de ponderação baseou-se, portanto, na busca da verdade real.

⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

Em outra decisão, contudo, na qual estavam em questão, em sede de *habeas corpus*⁸, o direito à intimidade do pai investigado⁹ e o direito de conhecer a paternidade do autor, reconheceu-se que seria lícito ao primeiro recusar-se a proceder ao exame, sem que pudesse ser obrigado a fornecer material para a coleta sanguínea. Considerou-se que estava configurado o constrangimento ilegal à liberdade do impetrante na ordem judicial de condução sob vara. A decisão, também tomada por maioria¹⁰, considerou que havia outros meios de se provar a paternidade, não sendo necessária a imposição de tal constrangimento.

Vê-se, portanto, com clareza, que, dependendo das circunstâncias do caso concreto, a Corte emprestou maior ou menor peso ao direito à intimidade. Isso seria inconcebível no sistema hermético das regras.

Por outro lado, toda vez que a Constituição é silente ou apresenta soluções controvertidas sobre determinada questão, os princípios funcionarão como vetores interpretativos de valiosa utilidade para a construção de soluções harmônicas e adequadas para o caso concreto. A propósito dessa função integradora, disserta CASS SUNSTEIN:

"Se as palavras da Constituição não resolvem casos constitucionais difíceis, parece inegável que os juristas que interpretam o documento têm que voltar a sua atenção para algo além do seu texto para desempenhar o seu trabalho. Esta idéia, para muitos, aparenta ser inevitável e intolerável (...). Significa que a interpretação da Constituição precisa basear-se em princípios externos às palavras contidas na Constituição." ¹¹

⁸ HC n.º 71.373, Relator designado: Ministro Marco Aurélio Melo. DJ de 22.11.96.

⁹ Para estudos aprofundados sobre o caso, que refogem do objeto desta dissertação, recomenda-se a leitura da obra de MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e GONET, Paulo, **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 300 e ss, com transcrição dos votos que expõem as teses conflitantes no sodalício.

¹⁰ A minoria foi conduzida pelo voto do Min. Francisco Rezek, que declinou sua perplexidade diante do risível sacrifício que se impunha ao impetrante no tocante a sua integridade física.

¹¹ SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1994, p. 94. Original: "If the words of the Constitution do not resolve hard constitutional cases, it seems undeniable that people who interpret the document have to look to something other than those words in order to do their jobs. This idea seems to many both unavoidable and intolerable, the latter because it endangers the status of the Constitution as law. It means that interpretation of the Constitution must be based on principles external to the words of the Constitution."

A segunda diferença entre as espécies normativas ora examinadas está em que os princípios se caracterizam¹² por serem normas de um grau de abstração consideravelmente elevado, ao contrário das regras, cuja concreção é nitidamente mais acentuada. Assim, um princípio deve ter sua aplicação maximizada, comportando diversos graus de concretização, ao passo que a regra não admite tal gradação.

Em terceiro posto, os princípios são normas dotadas de grau maior de fundamentalidade, devido a sua função estruturante no ordenamento jurídico. Nesse sentido, são os princípios que conferem identidade ao sistema e permitem associá-lo às grandes famílias de direito existentes nas diversas nações.

Em quarto lugar, os princípios consistem em *standards* juridicamente vinculantes que ostentam grande proximidade com a noção de justiça e de direito. As regras, por sua vez, costumam assumir um papel vinculativo de conteúdo simples e meramente funcional.

Finalmente, os princípios são normas que estão na base do sistema jurídico e constituem fonte de outras normas, caracterizando-se pela sua nomogenia, que não é outra coisa senão a aptidão para dar origem a outras normas infraconstitucionais.

Assentadas as semelhanças e diferenças, pode-se, então, conceituar brevemente princípio como a norma, dotada de elevado grau de fundamentalidade e abstração, que, sem prever, de modo disjuntivo, sua aplicação a situações concretas, se constitui em ordem de otimização, e, destarte, requer, por parte do intérprete, uma atividade de mediação, para que determine a consequência aplicável ao fato.

¹² As características aqui descritas são tratadas analiticamente por CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ob. cit.*, p. 1.086.

Portanto, no presente trabalho, quando se tratar de princípio da igualdade ou de (sub)princípio da inclusão, devem-se levar em consideração as propriedades hermenêuticas aplicáveis a essa espécie normativa, em contraposição às das regras.

2.3 Princípio da Igualdade em Sentido Formal e Material

Na história do Estado de Direito, duas noções de princípio da igualdade têm sido recorrentes nos textos constitucionais. De um lado, na acepção de **igualdade formal**¹³, fala-se na necessidade de vedar ao Estado toda sorte de **tratamento discriminatório negativo**, ou seja, de proibir todos os atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público que visem à privação do gozo das liberdades públicas fundamentais do indivíduo com base em critérios *suspeitos* tais como a raça, a religião ou a classe social. De outro, sustenta-se que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a **igualdade material**¹⁴ de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural.

Note-se que o segundo conceito de igualdade **absorve e amplia o primeiro**¹⁵, pois igualdade formal e igualdade material são manifestações do princípio da **isonomia em duas gerações sucessivas de direitos fundamentais**. Para ser mais explícito, o princípio da **igualdade material não só veda o tratamento discriminatório, como também preconiza a implementação de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato**.

A diferença está basicamente na postura do Estado em relação à igualdade, pois, enquanto **o Estado Liberal se contenta em não produzir institucionalmente a desequiparação, o Estado Social, berço da Segunda geração, arroga para si a missão de produzir a equalização** como compromisso constitucional.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 399.

¹⁴ *Ibidem*, p. 400.

¹⁵ É claro que tal incorporação evolutiva se dá como produto de um embate dialético, do que é exemplo claro o denominado argumento da discriminação das pessoas inocentes nos programas de ação afirmativa, enfrentado mais adiante com referências à obra de Ronald Fiscus.

Nunca, porém, é demais exaltar o caráter transformador que assumiu a igualdade mesmo no século XVIII, quando da instauração do incipiente Estado Liberal. Com efeito, o princípio da igualdade formal é uma conquista civilizatória da revolução burguesa. Seja na vertente francesa do movimento revolucionário, seja na americana, trata-se de uma noção que aboliu definitivamente os privilégios nobiliárquicos e eclesiásticos, em detrimento, portanto, de uma visão hierarquizada da sociedade ocidental consagrada desde os tempos da filosofia aristotélica¹⁶ em benefício da plena realização das capacidades do indivíduo e da contenção do poder estatal por instrumentos normativos constitucionais. Como bem observa BOBBIO,

“Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano.”¹⁷

Não seria exagerado dizer que o princípio da igualdade formal corresponde, assim, ao núcleo duro do ideário burguês, por meio do qual a nova classe dominante pôs, de forma definitiva na história do Estado Constitucional, fim à idéia medieval e moderna de que os indivíduos deviam ser tratados segundo o estamento ao qual pertenciam por nascimento. Com ele, portanto, são incompatíveis privilégios fiscais e de jurisdição incorporados à razão de Estado e se instituiu um padrão objetivo de controle sobre o exercício do poder.

Na sua essência, como se nota, está o postulado de que sejam todos os indivíduos tratados como sujeitos iguais de direitos em virtude de serem dotados de humanidade e razão, sendo irrelevante sua classe social, religião, raça ou gênero para esse fim. Como corolário, a lei e o aplicador do direito passam, portanto, a ser mensageiros de uma neutralidade estatal em relação ao destinatário da norma jurídica.

Por isso, a igualdade dos indivíduos perante a lei, nessa perspectiva, consiste no poder de exigir uma **abstenção** do Estado no que tange ao tratamento desigual fundado em fatores não racionais e não universalizantes. Observa GILMAR FERREIRA MENDES:

¹⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 34

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85

“Como observado, enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, então dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma: (1) pretensão de abstenção (Unterlassungsanspruch); (2) pretensão de revogação (Aufhebungsanspruch); (3) pretensão de anulação (Beseitigungsanspruch)”¹⁸

Nesse sentido, o princípio da igualdade assume uma função de defesa contra atos do poder público, vedando-se qualquer discriminação como forma de impedir a instituição de privilégios incompatíveis com a razão humana. Esse bastião de defesa do indivíduo expressa um mandamento constitucional geral obstativo da atividade do legislador e do aplicador do direito, impondo-lhes quase sempre um não fazer. De fato, aquele não pode, segundo critérios arbitrários, estipular tratamento jurídico discriminatório que se baseie na premissa da desigualdade; este, a seu turno, deve ser cego quanto a tais fatores no momento da aplicação do direito.

Todavia, a experiência constitucional do século XX no mundo ocidental demonstrou que, na maioria dos Estados, certos grupos de indivíduos jamais conseguiram atingir padrões aceitáveis de igualdade material, de oportunidades, ou de ocupação de espaços públicos relevantes com base na simples premissa de que a lei não os discriminaria. Sistemáticamente, seja em razão do gênero, da compleição física, do credo ou da etnia, dados empíricos demonstraram a utopia da isonomia jurídica como remédio para as desigualdades. Surge a idéia da especialização do sujeito de direito, que BOBBIO destaca:

“Assim, com relação ao abstrato sujeito “homem”, que já encontrara uma primeira especificação no “cidadão” (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão? Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana.”¹⁹

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 33.

¹⁹ Ob. Cit., p. 62

Exemplo notável da insuficiência da isonomia formal são os países em que o passado colonial legou aos negros, no período pós-abolição, posições inferiores de decisão e participação como os Estados Unidos, Brasil e África do Sul. Preconceitos profundamente enraizados nas culturas nacionais demonstraram sua enorme força de resistência contra o elemento transformador contido na idéia da igualdade formal.

O Estado Social, sucessor do Estado Liberal, nega, portanto, com veemência, a premissa da neutralidade estatal. Não basta, segundo esse paradigma de organização dos poderes públicos, garantir um Estado que seja cego para distinções arbitrárias. É insuficiente vedar que a lei condene o indivíduo com base no grupo em que este se inseriu segundo padrões naturais ou culturais. Faz-se mister, nessa perspectiva, implementar, por meio da lei e de instrumentos de políticas públicas, a igualdade de oportunidades, ainda que seja necessário estipular benefícios compensatórios para grupos historicamente discriminados. Essa, portanto, a adequada função de não discriminação dos direitos fundamentais, como anota CANOTILHO:

*“Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar de **função de não-discriminação**. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. (...) Alarga-se [tal função] de igual modo aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação). É com base nesta função que se discute o problema das quotas (ex.: parlamento paritário de homens e mulheres) e o problema das affirmative actions tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex.: quotas de deficientes).²⁰*

Surge, portanto, ao lado da discriminação negativa, proscrita pelo ideário liberal, o conceito de discriminação positiva, isto é, aquela destinada a suprir a situação de desvantagem imposta historicamente a indivíduos por causa de sua origem étnica, de sua religião, compleição física, nacionalidade ou gênero.

2.3 Discriminação

²⁰ Ob. Cit., p. 385

2.3.1 Conceito

Segundo o texto da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação ratificado pelo Brasil, discriminação é

“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”²¹

Note-se que o tratado internacional citado, ao definir o que seria discriminação, elegeu, como elementos do conceito, aquelas características naturais e culturais do indivíduo que, historicamente, têm sido recorrentes, sem, no entanto, com isso estabelecer um sistema taxativo.

Do mesmo modo, o simples fato de a definição não contemplar campos da vida privada, o que, inicialmente, situa o problema no âmbito da eficácia vertical dos direitos fundamentais (Estado em face do particular), não obsta a que o conceito se estenda, em determinadas circunstâncias, às relações entre particulares, deslocando-se, portanto, para a eficácia horizontal dos mesmos direitos.

Registre-se, ademais, que a discriminação, no sentido em que definida, assume, sempre, um caráter negativo, de reprovabilidade. Como se verá na tipologia das discriminações, haverá também as legítimas, que se fazem tendo em conta um fim lícito, o princípio da proporcionalidade e a existência de uma real situação de desigualdade que as justifique.

2.3.2 Tipologia das Discriminações

²¹ FARIA, Helena Omena Lopes de et MELO, Mônica de. **Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. In: Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade, 1998, p. 371-404.

Formula-se, neste tópico, classificação das discriminações inspirada na tipologia proposta por JOAQUIM B. BARBOSA GOMES no seu fundamental estudo *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*, embora se cuide de inseri-la em dois grandes grupos, as discriminações intencionais (explícitas e implícitas) e as discriminações não intencionais.

2.3.2.1 Discriminações Intencionais Explícitas

Há discriminação explícita quando o próprio critério discriminatório **exsurge com nitidez** a um primeiro exame do veículo normativo ou do ato que introduz a exclusão. Todas as modalidades explícitas são discriminações intencionais, mas o contrário não se verifica, pois existem discriminações intencionais implícitas.

Há discriminação intencional²² quando, deliberadamente, uma pessoa é vítima de tratamento desigual em qualquer atividade pública (acessibilidade a concursos e promoções por exemplo) ou privada única e exclusivamente em virtude da sua raça, cor, sexo, ou qualquer outra característica que a distinga da maioria dominante²³.

O Brasil, de forma inadequada, tenta enfrentar essa modalidade discriminatória por meio da tutela penal, que, como se sabe, impõe o severo ônus da acusação ao Ministério Público. Da mesma forma, em ações cíveis indenizatórias, é do autor o ônus da demonstração do tratamento discriminatório.

Embora a discriminação intencional configure, **normalmente**, situação de fato ilícita, porque contrária ao princípio da isonomia em sentido formal, em determinadas circunstâncias, pode ser ela admissível, notoriamente quando a discriminação for essencial para o desenvolvimento de uma modalidade de trabalho ou tarefa que exija habilidades técnicas específicas ou que seja mais adequadamente realizada por integrantes de um sexo ou raça.

²² GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro e São Paulo: 1ª Edição, 2001, p. 20. “É a forma mais trivial de discriminação. A pessoa vítima da discriminação é tratada de maneira desigual, menos favorável, seja na relação de emprego ou em qualquer outro tipo de atividade, única e exclusivamente em razão de sua raça, cor, sexo origem ou qualquer outro fator que a diferencie da maioria dominante.

²³ Advirta-se que dominante nem sempre é maioria destacada pelos números absolutos dos censos demográficos absolutos, mas pela maioria das posições de decisão ocupadas.

É que, de fato, a natureza do negócio, em algumas situações, pode tornar necessário que haja a seleção discriminatória de indivíduos.

Exemplifica-se, por exemplo, com a exigência que se faz de que uma pessoa, para o exercício da advocacia, tenha recebido o grau de bacharel em direito e sido aprovada no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. A discriminação feita atende a uma finalidade pública e moralmente sustentável, pois é necessária qualificação técnica para o manejo adequado de ações e uma base acadêmica considerável para as atividades em que há operação com o direito.

Cite-se, outrossim, com os mesmos fundamentos, a possibilidade de haver, em um concurso público para agente penitenciário de presídio feminino²⁴, a exigência, em edital, de que os candidatos sejam todos do sexo feminino, a fim de evitar constrangimentos de natureza moral nas atividades de contato direto como revistas e frequência a locais onde as presidiárias terão a sua vida privada necessariamente exposta e controlada por terceiros. O mesmo raciocínio com sinal trocado seria aplicável a presídios masculinos, a fim de evitar eventuais abusos sexuais ou violência das mais variadas espécies baseadas na diversidade de gênero.

A própria OIT, dando acolhida a essa teoria das necessidades do negócio (*business necessity*²⁵), elaborou a convenção de n.º 111, a fim de atestar a sua regularidade e conformidade com os princípios gerais de direito.

Ao lado dessa modalidade de discriminação intencional legítima, situam-se aquelas que foram batizadas de discriminações positivas²⁶ (na terminologia do direito europeu) ou ações afirmativas (terminologia do direito americano).

A discriminação positiva ocorre quando se implementa uma política pública ou privada distributiva destinada a promover a igualdade material de grupos historicamente discriminados.

²⁴ *Ibidem*, p. 21.

²⁵ *Ibidem*., p. 22.

²⁶ *Ibidem*, p. 23

Essa modalidade de discriminação, concebida nos Estados Unidos e largamente desenvolvida no direito americano, funciona como um meio ativo de impedir que a mera garantia de igualdade formal perpetue desigualdades estruturalmente firmadas e compartilhadas inconscientemente pela cultura de uma sociedade.

Tem, notavelmente, um caráter redistributivo²⁷ e restaurador e pressupõe, necessariamente, uma desigualdade oficial ou historicamente comprovada. A justificativa²⁸ para essa modalidade de discriminação parte sobretudo de dois fatos: a) da temporariedade da sua instituição e b) dos objetivos sociais equânimes que são por elas perseguidos. Esse é o tipo de discriminação que se constitui no objeto precípua do presente trabalho e será, pois, objeto de estudo pormenorizado nos itens subseqüentes.

Deve-se, nesse ponto, justificar a inserção dessa modalidade de discriminação positiva entre as discriminações intencionais. De fato, quando se sustenta que há intencionalidade na discriminação positiva, é claro que esta constatação se refere ao ente público ou privado que procura implementá-la.

Não se desconhece, no entanto, que a discriminação pretérita que motivou a discriminação positiva superveniente pode ter sido intencional ou meramente velada.

O fato, no entanto, é que a desigualdade ou discriminação pretérita projeta seus efeitos sobre o presente, tendo impacto desproporcional sobre os grupos vitimados e preconizam que, deliberadamente, o Estado ou o particular (notadamente empresas) tomem medidas concretas tendentes a mitigar os prejuízos causados anteriormente pela segregação ou exclusão.

2.3.2.1.1 Teoria do Impacto Desproporcional

Nesse ponto específico, vale tecer breves considerações sobre o instrumento teórico que se concebeu para debelar várias modalidades de discriminação denominado Teoria do Impacto Desproporcional.

²⁷ *Ibidem*, p. 22.

²⁸ *Ibidem*, p. 22.

Como bem lembra o professor JOAQUIM B. BARBOSA GOMES, a *Disparate Impact Doctrine* é uma derivação do princípio constitucional da proporcionalidade, tal como concebido modernamente na doutrina como exigência da adequação, necessidade e razoabilidade constitucionais materiais das leis. Segundo essa idéia-força,

“toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência desproporcional sobre certas categorias de pessoas”²⁹.

A jurisprudência americana, para avaliar essa modalidade de impacto, vale-se, com efeito, de substratos sociológicos e estatísticos, fazendo, ademais, quando estritamente necessário, controle de constitucionalidade de prognoses legislativas.

Cita-se, por exemplo, o famoso caso *Grigs v. Duke Power Co.*, em que os autores, negros empregados da empresa ré, se queixavam do programa de ação afirmativa delineado pela empresa (que só o implementou após fortes pressões políticas e sociais do movimento em defesa dos direitos civis) como forma de permitir a contratação e a promoção de integrantes dessa etnia, por entenderem que os critérios elaborados tinham impactos raciais desproporcionais.

O Judiciário Federal da Carolina do Norte, acolhendo a pretensão então manifestada, entendeu que o novo critério dos “testes de inteligência” exigidos para a promoção e admissão, ao invés do antigo critério da mera apresentação de diplomas escolares, favorecia a admissão de brancos, porque a maioria dos negros candidatos havia freqüentado escolas segregadas de pior qualidade. Lembre-se, por ser oportuno, que o caso, datado de 1970, ocorreu apenas 16 anos após o precedente da Suprema Corte –

²⁹ *Ibidem*, p. 24

Brown v. Board of Education – que selou o destino da segregação das escolas e da teoria do *equal but separate* nos Estados Unidos.

2.3.2.2 Discriminações Intencionais Implícitas³⁰

A discriminação, muitas vezes, não assume um caráter explícito ou facilmente identificável pelo agente que impõe a exclusão. Muitas vezes, pode ser até mesmo um efeito colateral de uma prognose legislativa mal feita e, como tal, sujeita ao crivo do controle de constitucionalidade.

Tal ocorre com a denominada discriminação na aplicação do direito³¹. Nela, não há um caráter ostensivo da discriminação. Existem, basicamente, dois subtipos dignos de destaque.

No primeiro subtipo, a norma, em si, não contém um elemento discriminatório reconhecível *prima facie*, mas a aplicação da norma revela resultados disparatados que apontam para o desfavorecimento desarazado de um grupo em favor de outro. No segundo subtipo, embora o critério discriminatório não seja intencionalmente declarado, existe verdadeiro desvio de finalidade legislativa, pois, subrepticamente, sob o pálio de um critério aparentemente neutro, o legislador introduz um critério com propósito discriminatório.

O caso clássico dessa segunda modalidade no direito americano é o *Yick Wo*³², no qual foi declarada manifestamente inconstitucional a prática interpretativa da lei que regia o procedimento de permissão municipal para exploração de lavanderias na cidade de San Francisco. As estatísticas demonstravam que, sob a falsa aparência de neutralidade, embora o percentual de pedidos de pessoas de origem oriental fosse da ordem de 25% do total, apenas 1% lograva sucesso, enquanto os 75% restantes conseguiam 99%. No caso, não se julgou relevante a manifestação explícita do ânimo que levou à elaboração da norma, mas a sua aplicação na órbita administrativa.

³⁰ *Ibidem*, p. 26

³¹ *Ibidem.*, p. 27

³² *Ibidem*, p. 28

2.3.2.3 Discriminações Não Intencionais

A discriminação não intencional decorrente da omissão é a chamada discriminação de fato³³. Essa modalidade de discriminação decorre não de um propósito explícito ou implícito de exclusão de determinado grupo, ou de um ato comissivo administrativo ou legislativo ou de particular, mas sim da indiferença e postura passiva do poder público em face de grupos sociais marginalizados, que são deixados ao relento por uma identificação errônea do conceito de igualdade com o mero conceito de igualdade formal.

Pela falta de implementação de políticas públicas ou privadas capazes de reverter o quadro de exclusão de oportunidades, ocorre uma naturalização das desigualdades, que nem sequer é notada e passa a ser tida como uma forma de discriminação inconsciente, ou, se se preferir uma expressão mais irônica, uma discriminação cordial, fundada em um exercício de poder simbólico pelos agentes da exclusão.

2.4 Conceito de Ações Afirmativas

As ações afirmativas, como bem as define JOAQUIM B. BARBOSA GOMES,

*“consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.”*³⁴

Concebidas originariamente nos Estados Unidos como forma de enfrentamento do desemprego de minorias étnicas, tais políticas discriminatórias positivas, impostas ou incentivadas pelo Poder Público, rasgam o véu de inocência do Estado Liberal ao determinar que fatores antes vistos como propensos à discriminação negativa podem ser convertidos em focos de ação imediata de proposições promoventes da igualdade material.

³³ *Ibidem*, p. 29

³⁴ *Ibidem*, p. 6.

A conclusão imediata da extensão em que se formula tal conceito exclui, preliminarmente, um engodo comum: o de que a ação afirmativa é, necessariamente, sinônimo de quotas mínimas para a participação de minorias.

Com efeito, é certo que as quotas se constituem na forma mais radical de ação afirmativa e, possivelmente, na mais polêmica, mas também é correto que existem diversas outras medidas de promoção capazes de desempenhar o papel de instrumento de realização do princípio da igualdade material tais como incentivos fiscais (e outras sanções promocionais, tais como aumento de pontuação em licitações) a empresas que favoreçam a contratação multiracial de empregados.

Do mesmo modo, ação afirmativa não se confunde com ação estatal. Programas desenvolvidos por particulares podem partilhar o mesmo escopo de superação de desigualdade.

2.4.1 Fundamentos Constitucionais da Ação Afirmativa

A Constituição brasileira é pródiga em dispositivos que não só possibilitam a adoção de ações afirmativas por parte do Estado e de particulares, mas de fato criam verdadeiro mandamento de sua implementação sob pena de inconstitucionalidade por omissão. A adoção do princípio da igualdade material, a par do prestígio da igualdade formal cristalizada na fórmula do art. 5º, I, não poderia ser mais explícita.

Logo no seu preâmbulo, preconizavam os constituintes a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, e a promover a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. A mensagem é clara no sentido do próprio reconhecimento da existência das desigualdades e do dever de combatê-las. Trata-se de um fato normativamente presumido, portanto, e malquistado.

Impende, também, destacar que, pouco adiante, o art. 3º, que define os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, chega a ser redundante de tão

enfático ao consignar tanto a redução das desigualdades sociais (inciso III) e regionais como a erradicação da pobreza e marginalização, de um lado, e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de outro (inciso IV). Também o art. 170 da Constituição reforça, uma vez mais, o objetivo de erradicação da desigualdade já manifestado nos objetivos da República no seu inciso VII.

Com base nesses fundamentos, a professora e Ministra do Supremo Tribunal Federal CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA mostra que, não obstante tenha o princípio da igualdade sido uma constante em todos os textos constitucionais brasileiros, é notável que, na Constituição de 1988, atingiu a sua máxima dimensão, criando-se, na sua feliz expressão, uma nova isonomia, mais rigorosa e diretamente relacionada à igualdade no sentido material que descreve. Em suas palavras:

“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 transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional.”³⁵

Quis, no entanto, o constituinte ser ainda mais explícito e criou mandamentos específicos de legislar em favor de pessoas portadoras de deficiências físicas, a fim de garantir-lhes uma representatividade mínima no serviço público, a teor do que dispõe o art. 37, VIII³⁶ e, assim, iniciar uma política distributiva a fim de resgatá-los do processo histórico de exclusão e inseri-los em um dos mais triviais espaços públicos da nação.

A par disso, atento para as disparidades salariais no mercado de trabalho, determinou, ainda, no art. 7º, XX, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

³⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica”. **Revista Trimestral de Direito Público**. N.º 15, 1996, p. 92.

³⁶ “A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiências físicas e definirá os critérios de sua admissão”.

Para as pequenas empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, mais um tratamento diferenciado, consentâneo com a sua fragilidade no mercado competitivo: o art. 170, IX, cria para o legislador ordinário o dever de favorecê-las.

Enfim, a própria topologia do princípio da igualdade, que encabeça o rol dos direitos fundamentais, corrobora aquela que foi, senão a maior, pelo menos a mais enfática preocupação do constituinte brasileiro: a promoção da igualdade, seja por meio da punição exemplar do racismo, com tratamento severo processual, cominando-lhe a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de fiança, seja por meio do favorecimento de grupos excluídos das posições de decisão.

Nesse tópico, faz-se mister, outrossim, responder ao argumento que se denomina doravante a falácia da taxatividade.

Com efeito, o intérprete precipitado poderia, em uma linha reducionista, argumentar que, quando a Constituição instituiu as ações afirmativas, fê-lo taxativamente, isto é, todas as possíveis ações afirmativas seriam apenas aquelas expressamente postas no texto constitucional. Toda espécie legislativa emanada do Legislativo constituído que desbordasse das hipóteses mencionadas pelo texto seria, pois, inconstitucional, por afronta ao princípio da isonomia formal insculpido no art. 5º, I.

Crê-se que tal argumento é uma camisa-de-força que não cabe no art. 3º da Constituição, não se harmoniza com o art. 170, nem com o controle de constitucionalidade por omissão delineado pioneiramente em 1988 por meio de instrumentos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ademais, não se compatibiliza com a técnica de limitação dos direitos fundamentais adotada pela Constituição Brasileira no art. 5º, II, nem com a hermenêutica de princípios e a lógica da ponderação. Não se coaduna, por fim, com qualquer teoria que enxergue o direito como fenômeno interpretativo, no sentido que DWORKIN³⁷ dá à expressão.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492. No fim da obra, formula o filósofo do direito o seu conceito de direito. “ É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no sentido mais amplo. É uma atitude contestadora que

2.4.2 O Problema das Quotas e as Objeções às Ações Afirmativas

As quotas mínimas obrigatórias reservadas para grupos minoritários são, a um só tempo, a forma mais radical, mais polêmica e mais difundida de ação afirmativa.

De fato, o mecanismo de inclusão das minorias em espaços públicos ou privados por meio de quotas consiste em uma via de mão-dupla, que determina, necessariamente, a exclusão de membros pertencentes a grupos não minoritários.

Tal exclusão gera o problema de se saber se a implementação de quotas afrontaria o princípio da igualdade formal, i.e, se, por via oblíqua, geraria efeitos de discriminação reversa.

A situação, de fato, contém um paradoxo, pois, para implementar-se o princípio da igualdade material e aplicar um critério de justiça distributiva capaz de reverter, no plano dos fatos, os efeitos presentes de uma discriminação pretérita, a solução aventada é a de reduzir as chances de acesso de integrantes da maioria, pelo simples fato de pertencerem a ela.

Com isso, há no mínimo uma aparente violação ao princípio da igualdade formal, que precisa ser analisada no caso concreto segundo o mecanismo de ponderação de princípios para que se possa saber se a medida restritiva da igualdade formal é aprovada no teste constitucional da proporcionalidade.

Variante da indagação referida foi batizada pelo escritor americano FISCUS³⁸ de **argumento das pessoas inocentes** (*innocent persons argument*, na sua terminologia). Tal argumento, radicalmente oposto a qualquer medida de quotas, traduz-se em que pessoas integrantes da maioria (racial, religiosa ou fundada em qualquer critério que indique uma discriminação historicamente relevante) não necessariamente

torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância.”

³⁸ FISCUS, Ronald. **The Constitutional Logic of Affirmative Action**. Londres e Durban: Duke University Press, 1992, p. 37.

culpadas pela discriminação sofrida no passado por grupos minoritários acabam, por um meio indireto, sendo responsabilizadas diretamente no presente e tendo oportunidades diminuídas em função da reserva minoritária.

De antemão, deve-se esclarecer que é difícil, senão impossível, **dar uma resposta teórica abstrata à questão da constitucionalidade das quotas**. Isso dependerá de qual o critério discriminatório escolhido, da relação instrumental entre a discriminação efetuada e o fim lícito perseguido, da necessidade da restrição, de sua adequação ao escopo a que se presta e até mesmo da intensidade da reserva feita.

O que se pode dizer é que, em determinadas circunstâncias, **quando houver um passado incontroverso de discriminação a um determinado grupo, as quotas poderão funcionar como medidas estritamente necessárias para a solução de um problema de isonomia atual e, segundo uma lógica da ponderação, serão compatíveis com o princípio da igualdade, ainda que haja uma constrição da idéia de igualdade formal**.

No entanto, embora a referência ao programa concreto de ação afirmativa seja inevitável, é possível divisar alguns critérios úteis para a análise do teste da proporcionalidade acima referido.

Destarte, se o critério discriminatório não se basear em uma **discriminação pretérita** de um **grupo definido** que surta efeitos **no presente**, será então inconstitucional.

A utilidade dessa regra é imensa pois poderá, com margem razoável de certeza, excluir a possibilidade da adoção de quotas com parâmetros visivelmente arbitrários. Além disso, o parâmetro de discriminação pretérita e histórica com efeitos presentes pode servir como valioso instrumento de controle da política afirmativa implementada ao longo do tempo, pois, malgrado originariamente tenha a medida sido constitucional, tornar-se-á inconstitucional supervenientemente a partir do momento em que, por dados empíricos como a estatística e os costumes, seja possível constatar a implementação da igualdade material e mostrar que a discriminação pretérita foi sanada.

Tal idéia, no que tange à definição exata do grupo a ser beneficiado, encontrou ressonância jurisprudencial nos Estados Unidos. Com efeito, FISCUS relata que, em 1989, no julgamento do caso *City of Richmond versus J. A. Croson Company*, decidido pelo voto-desempate do Ministro Anthony Kennedy, a Suprema Corte americana declarou inconstitucional postura municipal que canalizava 30% do orçamento público da construção civil para empresas contratadas que fossem de propriedade de integrantes de minoria. Note-se que a maioria do citado tribunal fez questão de ressaltar que ações afirmativas só podem ser justificadas se houver ocorrido, no passado, discriminação a grupos **singularizados e identificados** a que se aplique o “remédio” concebido. Destaca, ainda, que antes de tal julgamento, havia dúvidas se um critério genérico poderia ser utilizado, nos seguintes termos:

*“Previously, it had been uncertain whether a general racial proportionality might be used as a benchmark and/or justification for affirmative action quotas in particular cases. The Richmond case signaled, more unambiguously than any early case had, the Court’s antipathy to general racial proportionality, either as a benchmark or as a justification for any given affirmative action plan.”*³⁹

Outros critérios podem ainda ser destacados. Se, para o mesmo fim lícito de equiparação material, houver outras medidas adequadas que tornem dispensáveis as quotas, assim também serão elas incompatíveis com o princípio da igualdade, porque não serão necessárias⁴⁰.

Por fim, se o critério discriminatório proposto, em associação com a quota mínima, eliminar peremptoriamente a possibilidade de concorrência de membros da maioria em quaisquer circunstâncias, não será também lícito. Figure-se exemplo no qual concurso público para uma única vaga tenha reserva de quotas de 20% para pessoas portadoras de deficiência física. É claro que, em tal caso, a reserva de pelo menos uma vaga para os concorrentes com tais características excluirá qualquer possibilidade de competição dos integrantes da maioria. Assim, será flagrante a inconstitucionalidade da reserva.

³⁹ Ob. cit., p. 2. Trad. Livre “Anteriormente, fora incerto se uma proporção geral racial poderia ser usada como parâmetro ou justificação para quotas de ação afirmativa em casos particulares. O caso Richmond assinalou, de forma mais hialina que qualquer outro precedente, a antipatia da corte para com a proporcionalidade racial geral, seja como parâmetro ou como justificação.”

⁴⁰ Para uma compreensão adequada do sentido de proporcionalidade, confira-se BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999, p. 209 e ss.

FISCUS destaca, ainda, que será lícito que a maioria suporte **algum** ônus ou sacrifício para que a igualdade material seja implementada. Isso, no entanto, não significa que **qualquer** ônus seja tolerável. Em suas palavras,

“The most distinguishing characteristic of this affirmative action jurisprudence is that only ‘some of the burden’ may constitutionally be placed on these ‘innocent persons’. For these justices, affirmative action was acceptable in hiring but not in firing.”⁴¹

Referido autor salienta, ainda, que a Suprema Corte americana tem visto com antipatia a idéia de uma sociedade em que, demograficamente, houvesse uma expressão perfeita do censo populacional em termos relativos ou percentuais. O objetivo, como observa DWORKIN⁴², é implementar uma discriminação positiva que, ao longo do tempo, torne o critério passível de discriminação menos relevante. Cite-se o preciso trecho:

“Muitas vezes se diz que os programas de ação afirmativa têm como objetivo alcançar uma sociedade racialmente consciente, dividida em grupos raciais e étnicos, cada um deles, como grupo, com direito a uma parcela proporcional de recursos, carreiras ou oportunidades. Essa é uma análise incorreta. A sociedade norte-americana, hoje, é uma sociedade racialmente consciente; essa é a consequência inevitável e evidente de uma história de escravidão, repressão e preconceito. (...) Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam a longo prazo reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente.”

O doutrinador aludia, em seu texto, à discriminação positiva do caso *BAKKE*, mas sua conclusão pode ser generalizada em face do princípio do pluralismo. A implementação de quotas, portanto, só se justifica se temporária, destinada a corrigir uma distorção e a fazer com que o critério discriminatório, ao longo do tempo, seja dissolvido.

⁴¹ Ob. Cit., p. 6. Tradução livre: “A mais marcante característica dessa jurisprudência sobre ação afirmativa é que somente alguns sacrifícios e ônus podem ser impostos constitucionalmente a essas pessoas inocentes. Para os juízes da Suprema Corte, a ação afirmativa era aceitável na contratação de pessoal, mas não na demissão.”

⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martis Fontes, 2000, p. 439

2.4.3 Ação Afirmativa no Ordenamento Jurídico Constitucional Brasileiro

Analisaram-se anteriormente os fundamentos constitucionais da ação afirmativa. Cuidar-se-á, ainda, das políticas afirmativas que se vêm implementando em nível infraconstitucional de legislação, com destaque para duas formas de ação afirmativa que foram extremamente caras ao constituinte brasileiro: a ação afirmativa de gênero e a ação afirmativa de raça.

2.4.3.1 Ação Afirmativa e Gênero

A Constituição determinou a igualdade de direito entre homens e mulheres em direitos e obrigações. Seja por meio da proteção do mercado de trabalho da mulher nos termos de lei, seja da instituição de uma família diárquica na qual o sexo não determina relações de poder, o intuito do constituinte foi o de promover a cláusula da igualdade material, sem se limitar a vedar as desigualdades formais.

Nesse particular, no direito interno, têm sido elaborados projetos de lei e leis ordinárias com o fim de igualar oportunidades discrepantes debitadas ao passado patriarcal da família brasileira. Outrossim, o Brasil celebrou, no plano internacional⁴³, a Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher⁴⁴, que, em dispositivo expresso, aduz não existir discriminação, no sentido negativo da palavra, na implementação de políticas públicas compensatórias da discriminação de gênero. Nessa convenção, avultam sobretudo as preocupações da comunidade internacional para a discriminação em dois espaços, o das relações de trabalho e o da representação política.

⁴³ Para uma crítica feroz da posição esposada pelo Supremo Tribunal Federal no RE n.º 80.004 e reiterada para entender que os tratados são hierarquicamente equivalentes às leis ordinárias, recomenda-se a leitura do livro de autoria de TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil.**, p. 183 e ss, em entrevista concedida à Associação dos Juizes para a Democracia.

⁴⁴ Observe-se que, muito embora o art. 5º, § 2º, da CF seja explícito ao atribuir hierarquia constitucional aos tratados que instituírem direitos humanos, a posição oficial do Supremo Tribunal Federal ainda é no sentido da incorporação de tais tratados como legislação ordinária, revogável, inclusive, por meio de normas de direito interno. A discussão ganha especial relevância no tema das ações afirmativas porque tanto a Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação da Mulher como a Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Racial, ambas ratificadas pelo Brasil, são explícitas ao taxarem de não-discriminatórias as medidas de diferenciação positiva. Tal norma, se entendida como de hierarquia constitucional, possibilitaria uma conformação ainda mais explícita do princípio da isonomia em prol da implementação de medidas de justiça distributiva corretoras de desigualdades.

No que tange às relações de trabalho, vale dizer que, até o presente momento, não houve regulamentação infraconstitucional do art. 7º, XX, da Constituição, que determina a adoção de incentivos para a proteção do mercado de trabalho da mulher. Configura-se, desse modo, relevante omissão inconstitucional, que pode ser controlada por meio de mandado de injunção e ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão legislativa.

MÔNICA MELO informa que existem quatro projetos de lei tramitando no Congresso Nacional com esse escopo, a saber, PL. 2.417/89, PL 382/91, PL 3.520/89 e PL 147/95. De todos esses, destaca o primeiro, de autoria da Deputada Federal Rita Camata, que dispõe sobre a concessão de incentivos fiscais às pessoas jurídicas que contratem mão-de-obra feminina. De fato, é feliz a proposta:

“O Projeto de Lei n.º 2.417/89 propõe que as pessoas jurídicas que contarem com mais de cinquenta empregados poderão abater de seu lucro operacional, para fins de imposto de Renda, até 30% (trinta por cento) do montante de salários pagos, no ano-base, a empregados do sexo feminino, sempre que, comprovadamente, apliquem, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do valor abatido em treinamento e qualificação de mão-de-obra por elas empregadas.”⁴⁵

Registra referida autora, outrossim, que existe substitutivo a este projeto de lei que acrescenta, para usufruto do benefício, a condição de haver, no quadro de empregados da empresa, número de mulheres não inferior a 30% do total da mão-de-obra empregada.

Portanto, se aprovado o projeto na forma da redação que lhe foi dada, quanto maior o número relativo de mulheres contratadas, maior o benefício. Este, todavia, precisará ser parcialmente aplicado no treinamento e qualificação de mão-de-obra feminina. A medida, portanto, é duplamente compensatória.

⁴⁵MELO, Mônica de. “O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas”: O Enfoque da Discriminação Positiva. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** Ano 6, n.º 25, out.-dez. 1998, p. 96.

Interessante é notar também que não se tratará de uma obrigação imposta aos particulares, mas de mero incentivo fiscal àqueles que, de vontade própria, passarem a contribuir para a redução das desigualdades de oportunidade e qualificação no mercado. Note-se, ainda, a grande fidelidade ao texto constitucional, que, nesta seara, previu a adoção de incentivos, silenciando sobre a possibilidade de imposição de uma obrigação que interferisse na liberdade de contratação e organização das empresas.

É criticável, no entanto, que o benefício seja limitado apenas às empresas que possuam mais de 50 empregados, por duas razões. Em primeiro lugar, porque a proteção do mercado de que cogita o constituinte é global, e o critério restritivo em nada se coaduna com tal propósito universalizante.

Por outro lado, as pequenas e médias empresas são também elas próprias objeto de consideração especial do constituinte, de modo que a contratação de mulheres com incentivos fiscais poderia ser, concomitantemente, um incentivo ao desenvolvimento desses pequenos empreendimentos.

Ainda no âmbito das relações de trabalho, outras medidas de igualdade que não são propriamente afirmativas, mas meramente proibitivas da discriminação, foram veiculadas pela Lei n.º 9.799/99 para tentar impedir a discriminação de mulheres, criando-se o art. 373-A, da CLT.

Tal dispositivo, dentre outras disposições, veda o anúncio de emprego que condicione a admissão de mulheres à comprovação de esterilidade ou atestado negativo de gravidez, proíbe a negativa de contratação fundada em critério sexual, revistas íntimas e a dispensa fundada em critério sexual.

Muitas das normas citadas constituem evidentes leis imperfeitas, pois não cominam sanções para sua violação. É mesmo lamentável que a idéia de igualdade seja explorada retoricamente por meio da elaboração de atos legislativos simbólicos completamente incapazes de combater a prática discriminatória e inaptos para gerar novos postos de trabalho para a mão-de-obra feminina. Isso sem falar na enorme dificuldade de empreender-se fiscalização adequada da observância de citada lei.

Aduza-se, no entanto, que a medida, além de retórica, era despicienda, pois, desde 1995, é vigente a Lei n.º 9.029, que, além de tipificar como crimes várias condutas relativas à discriminação nas relações de trabalho, dispõe que o rompimento do vínculo trabalhista, quando fundado em motivo discriminatório, inclusive gênero - faculta ao empregado(a) optar pela readmissão com ressarcimento integral de todos os valores referentes ao período de afastamento ou a percepção, em dobro, de todos esses valores.

No que tange à participação política da mulher, faz-se mister destacar ainda que o Brasil, influenciado pela experiência argentina, estipulou, por meio do art. 11, §3º, da lei n.º 9.100/96, que os partidos políticos deveriam, no registro dos seus candidatos, reservar no mínimo 20% das vagas a mulheres.

Na Argentina, relata MÔNICA MELO os efeitos positivos no aumento da participação política feminina em virtude da vigência da lei inspiradora:

“A experiência da Argentina é um exemplo do resultado do que seja uma ação afirmativa. No ano de 1983, as mulheres no parlamento argentino representavam 4% do total. Em 1991, ou seja, 8 anos após, o percentual era de 5%. Crescimento insignificante. Neste mesmo ano foi proposta e aprovada a lei que obriga todos os partidos a terem, em suas listas de candidatos, 30% de mulheres. Em 1993, já era de 13% o número de mulheres parlamentares e, para 96, estimava-se que este percentual atingisse 24%. Maiores mudanças em dois anos, com ação afirmativa, do que em uma década!”⁴⁶

No Brasil, referida lei acabou por ser revogada pela Lei n.º 9.504/97, que, ao invés de adotar um critério positivo baseado no sexo feminino, preferiu a instituição de uma quota neutra, ou seja, 30% dos candidatos registrados devem pertencer a um dos sexos. É claro que, embora se trate de um critério vigente cego, abstratamente, para o sexo do candidato, na prática, por causa da participação minoritária da mulher nos espaços públicos políticos, ainda se trata de medida afirmativa tendente a promover a sua integração no cenário das eleições.

⁴⁶ Ibidem, p. 98.

No entanto, crê-se que, na primeira versão, quando se implementou a idéia da reserva do percentual explícito, já não havia que se falar em inconstitucionalidade da quota mínima e, na verdade, a medida foi, até certo modo, bastante tímida.

Já se sustentou, neste trabalho, que a Constituição acolheu, com plenitude nunca dantes cogitada, o princípio da igualdade material, além de fixar objetivos que reclamam mais do que a inércia da neutralidade estatal. O legislador, no caso, criou apenas uma reserva para aumentar a probabilidade da eleição de mulheres, sem no entanto interferir propriamente no processo eleitoral. Poderia até ter ido mais longe, e garantido que determinado número de assentos nos órgãos legislativos fosse preenchido necessariamente por mulheres.

No entanto, como se trata de ação afirmativa, tema ainda pouco enfrentado por nossos tribunais, temeu, por prudência, que o processo eleitoral pudesse ser judicializado pelo controle de constitucionalidade da referida lei, razão pela qual seria menos arriscado tratar de uma restrição menos enérgica ao princípio da igualdade formal no âmbito eleitoral

Na primeira experiência eleitoral brasileira após a instituição de referidas quotas, a Lei n.º 9100/95, que teve sua vigência limitada às eleições municipais, deu mostras da sua eficácia prática. Conforme relata FLORISA VERUCCI, os números foram impactantes:

“O número de vereadoras eleitas teve um aumento de mais de 100% (passou de 3.839 nas eleições de 1992 para 6.536 eleitas. Além disso, a tramitação do projeto da Lei n.º 9.100 e os debates da campanha eleitoral permitiriam a discussão sobre os direitos das mulheres de vencer os obstáculos para sua participação no Poder Político.”⁴⁷

Nas eleições nacionais de 1998, a segunda experiência eleitoral com quotas, agora sob a égide da Lei n.º 9.504/97, levantou comentários precipitados sobre a eficácia das medidas de discriminação positiva implementadas por causa da irônica diminuição em 12% do número de mulheres eleitas na Câmara dos Deputados e a manutenção do mesmo número das eleições anteriores no Senado. A análise, embora

⁴⁷ VERUCCI, Florisa. **O Direito da Mulher em Mutação**, p. 66.

correta no âmbito federal, é precipitada em termos globais, pois não leva em conta que, nos Estados, a representação assemblear feminina cresceu mais de 33%.

Ainda assim, mesmo diante do crescimento constatado, não se pode olvidar que a participação feminina ainda é modesta se comparada à masculina. VERUCCI destaca os números da representação, alertando que, no Estado em que a participação foi maior, a Paraíba, os assentos parlamentares femininos não passam de 19,44%.

2.4.3.2 Ação Afirmativa e Raça

A fim de combater os efeitos presentes do passado escravocrata brasileiro sobre a vida de negros e mestiços, vem à baila no cenário político brasileiro a discussão sobre a necessidade e constitucionalidade da implementação de medidas compensatórias tais como a reserva de quotas para ingresso no serviço público e nas universidades públicas como forma de se alcançar o princípio da isonomia em sentido material.

A questão ganhou destaque na mídia nacional sobretudo após a divulgação de pesquisa do IPEA de 2002 que demonstrou, por análise estatística, a existência de um verdadeiro abismo racial que separa o Brasil branco do Brasil negro. Aquilo que era intuitivo e debitado à lenta inclusão do negro na sociedade brasileira após a abolição ganhou, assim, contornos concretos subsidiados por farto material estatístico.

FLAVIO LOBO resume a constatação do estudo divulgado:

*“O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) acaba de revelar a profundidade e extensão de uma tragédia nacional. Esta semana, o instituto divulgou dados de um estudo inédito no Brasil. Eles mostraram que, caso não sejam adotadas medidas capazes de reverter a atual tendência, a distância entre o Brasil branco e o Brasil negro – que já é enorme – deve aumentar.”*⁴⁸

⁴⁸ LOBO, Flavio. “Mais desigualdade”. **Revista Carta Capital**, p. 24, fev. 2002.

Os números revelados são mesmo assustadores⁴⁹, pois rasgam definitivamente o mito do “homem cordial” brasileiro e denunciam que a exclusão é ainda mais acentuada quando se leva em conta o critério racial e requer medidas urgentes para combatê-la. Alguns deles são mencionados pela citada matéria e merecem transcrição textual:

“Segundo estudo baseado na PNAD de 1999, enquanto o salário médio mensal dos homens e mulheres brancos era, respectivamente, de R\$ 726 e R\$ 572 por mês, o dos homens e mulheres negros era de R\$ 337 e R\$ 289. São negros 64% dos pobres e 69% dos indigentes do País. A taxa de analfabetismo é três vezes maior entre os negros. Os jovens brancos, aos 25 anos, têm, em média, 8,4 anos de estudos. Já os negros da mesma idade, têm a média de 6,1 anos.”⁵⁰

Nos estreitos limites desta monografia, torna-se inviável tratar de aspectos estatísticos e da análise econômica de tais números. Assim, os esforços serão concentrados na análise de iniciativas que já foram tomadas no sentido da reserva de quotas no serviço público federal e na universidade pública, em especial na Universidade de Brasília, que discute institucionalmente a reserva de vagas para negros no presente momento.

Nesta seara, revelam-se dificuldades operacionais, como a de definir-se quem seria negro para fins de tratamento compensatório e até que ponto a instituição de quotas seria eficaz no sentido de minorar a exclusão sem que houvesse um incremento do próprio processo discriminatório. Nesse ponto, forma-se um embate, pois, para a caracterização da raça, ou se adota o critério da regulamentação, que teria de definir negro e branco, ou se apela para o critério da auto-identificação étnica, segundo o qual o próprio indivíduo a indica segundo o seu sentimento de pertinência.

Ainda que tal problema de identificação não tenha sido ainda enfrentado judicialmente pelos órgãos públicos pioneiros, a iniciativa de reservar quotas para negros

⁴⁹ *Idem, Ibidem*, p. 25 “Hoje, das crianças de 0 a 6 anos, 51% são pobres – percentual bem maior que o total de 34% de pobres no País. Situação extremamente grave, por revelar uma perspectiva de aumento percentual da população de baixa renda. Mas que adquire uma perversidade adicional sob o viés racial, uma vez que, entre os brancos, o percentual de crianças pobres nessa faixa etária é de 38%, enquanto, entre os negros, chega a 66%. Indicação clara de uma tendência de alargamento do fosso racial no Brasil.”

⁵⁰ *Ibidem*, p.25

partiu, inicialmente, do Ministro do Desenvolvimento Agrário⁵¹, Raul Jungmann, que, em outubro de 2001, determinou, dentre requisitos para a seleção de empresa prestadora de serviços ao Ministério, a condição de pelo menos 20% dos seus empregados serem negros. Tal medida foi acompanhada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio de Mello, que incluiu o mesmo requisito entre os necessários para a habilitação de prestadoras de serviços ao Supremo Tribunal Federal e defendeu a sua constitucionalidade.

Nesse particular, faz-se imperioso destacar que o percentual de 20% adotado faz referência, ao que tudo indica, ao Projeto de Lei n.º 650/99. Tal projeto de lei pode vir a tornar-se uma espécie de lei geral das ações afirmativas com base no critério racial. Segundo suas atuais disposições, que já foram objeto de audiência pública na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado, ele reserva 20% das vagas para a população negra no acesso a cargos e empregos públicos, à universidade pública e aos contratos de Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior⁵².

Note-se que o percentual reservado é substancialmente inferior à representação relativa do grupo étnico que quer representar, pois os negros, para o fim da proteção legal, correspondem à soma dos grupos pardos e negros (*s.s.*), que totalizam 45% da população brasileira. A quota, em princípio, não é, portanto, excessiva.

Todavia, diversas vezes têm-se levantado para acoimar de inconstitucionais as quotas assim reservadas. Argumenta-se sobretudo que o critério que deve prevalecer na seleção de candidatos para cargos públicos e para a universidade deve basear-se na aferição de desempenho absoluto nos exames, ou seja, em padrões de aferição objetivos cegos para critérios raciais, em homenagem ao princípio da isonomia.

A questão, a nosso ver, não é tão simples, pois passa necessariamente por uma ponderação de princípios. É certo que o constituinte definiu como meta a seleção dos melhores candidatos.

⁵¹ Jornal do Brasil, 07 de dezembro de 2001, Editorial, p. 3.

⁵² SIFUENTES, Mônica. Afro-Descendentes nas Universidades. **Direito & Justiça**. Correio Braziliense, p. 5.

Contudo, é também notório que abrigou o princípio do pluralismo, e o princípio da igualdade material, inclusive racial. Portanto, como há uma tensão de valores constitucionais igualmente relevantes, somente o critério da proporcionalidade poderá revelar a medida em que um dos princípios pode ser corretamente elástico e o outro deverá ser contraído na situação concreta. Vale observar, com INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, que:

“Por isso, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta de valoração for ou parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio – com exclusão de todos os demais que, prima facie, também poderiam ser utilizados como norma de decisão-, o intérprete aplicador fará uma ponderação entre os standards concorrentes, optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter um peso relativamente maior.”⁵³

O teste da proporcionalidade será, assim, decisivo para a constatação de que se trata de medida possível ou vedada no ordenamento jurídico brasileiro. Está-se, sem dúvida, diante de um caso difícil.

No entanto, no caso das quotas, tal teste é qualificado ainda por uma dificuldade adicional. É que só faz sentido pensar em quotas se se tiver em mente a sua temporariedade, e isso, por sua vez, requer dos órgãos jurisdicionais que façam **controle de constitucionalidade das prognoses legislativas**, coisa que, no direito brasileiro, não é tradição e normalmente esbarra em uma sólida resistência fundada no princípio da Separação de Poderes.

Para que se faça o adequado controle de constitucionalidade de uma lei dessa natureza, é inviável que a análise permaneça no plano meramente lógico-abstrato, pois a mesma medida antes constitucional pode vir a tornar-se flagrantemente inconstitucional pela mudança dos fatos. A Corte Constitucional, diante de tais políticas, não pode despir-se de sua natureza eminentemente política, pois deve eleger valores e assumir riscos quanto ao destino da aplicação da Constituição. Os motivos do legislador

⁵³ COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira et GONET, Paulo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.49.

são, em suma, vinculantes e determinantes, razão pela qual a decisão judicial não pode se negar a analisá-los.

Como adverte o Professor e Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal GILMAR FERREIRA MENDES:

*“Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial da própria metodologia jurídica. (...) Hoje, não há como negar a comunicação entre norma e fato (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional”.*⁵⁴

Assim, se os meios utilizados pelo legislador devem ser, sob pena de inconstitucionalidade, adequados e necessários à perseguição dos objetivos por ele definidos, e se a necessidade é um dado factual, não há outra alternativa: a Corte Constitucional precisará enfrentar a questão de saber se existem meios menos gravosos capazes de solucionar a questão da sub-representatividade dos negros.

De fato, a prognose esboçada no projeto de lei está lididamente escorada em dados factuais e em fartos estudos que demonstram que a igualdade material racial tende a ser cada vez mais distante. Por isso, a resposta é que a medida é adequada, pois serve para a equalização de oportunidades, e necessária. Necessária, repete-se, mas não suficiente, porquanto demandará reforço de maciços investimentos governamentais em políticas públicas de erradicação da exclusão racial e econômica que passam pela realização de diversos direitos fundamentais de segunda geração tais como educação e cultura.

GILMAR FERREIRA MENDES explica o sentido em que aqui se empregam as expressões adequação e necessidade:

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, p. 465, 1998.

“O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.”⁵⁵

Ora, não obstante seja razoável, em face dos dados estatísticos revelados pelo IPEA, reconhecer que existe uma situação de discriminação que recomende a constrição do princípio da igualdade formal, permitindo a desequiparação compensatória, tal prognóstico do legislador pode vir a tornar-se falso a partir do momento em que os dados empíricos mudem. De fato, se a medida for adequada, pode-se até mesmo afirmar que a lei, um dia, estará condenada fatalmente a ser declarada inconstitucional.

Por fim, vale tecer algumas considerações sobre o programa de ação afirmativa da UnB⁵⁶, que propôs, no âmbito administrativo universitário, à adoção de quotas mínimas já no próximo exame vestibular, estipulando-as em 20% para negros.

A iniciativa, que derivou de um documento intitulado “Uma proposta de cotas e ouvidoria para a Universidade de Brasília”, teve o mérito de quebrar o isolamento da universidade federal em relação ao tema e baseou-se em estudo denominado *O Negro na Universidade*, organizado por Delcele Queiroz e publicado pela Universidade Federal da Bahia.

Vale a pena transcrever o seu conteúdo, que tem o tom de denúncia das desigualdades:.

“É possível, para efeito da presente proposta de compensação, resumir os dados da UnB como exemplo da tendência geral (ressalvando que foi a universidade que apresetou o mais baixo índice de resposta ao questionário: apenas 30% contra 70% e mais das outras). O diferencial de sub-representação de pretos e pardos em relação à sua proporção demográfica no Distrito Federal chegou, em média, a 30%. Contudo, a dimensão mais grave da exclusão reside no fato de que os negros (pretos e pardos) estão

⁵⁵ *Idem, Ibidem*, p.25.

⁵⁶ A iniciativa partiu dos professores José Jorge de Carvalho e da professora Rita Laura Seregato, ambos do departamento de antropologia da UnB.

praticamente ausentes dos cursos definidos como de alto prestígio, como Medicina, Direito, Odontologia, Administração e Jornalismo”⁵⁷

Do ponto de vista do mérito da proposta, esta parece ser sustentável porque compatível com o paradigma da teoria do impacto desproporcional.

Contudo, no que toca ao requisito formal de sua instituição, o programa universitário que reserva cotas nos vestibulares é, a nosso ver, inconstitucional, pois, tratando de medida que restringe o direito fundamental à igualdade formal, somente poderia ser veiculado por lei.

Nesse ponto, embora a universidade seja autônoma, o princípio da legalidade, a nosso ver, impõe a existência de lei anterior autorizativa, por se tratar de limitação a direito fundamental.

2.4.3.3 Ação Afirmativa e Deficiência

Outro grupo minoritário que é sujeito de preocupações do Constituinte e de ações afirmativas previstas constitucionalmente é o das pessoas portadoras de deficiência.

2.4.3.3.1 Do Conceito Normativo de Deficiência

Antes de iniciar-se o tópico sobre as ações afirmativas constitucionais dos portadores de deficiência, faz-se necessário definir o significado de deficiência para fim de aplicação do direito.

Sem esse cuidado, correr-se-ia o risco de, ao fim da jornada, não se saber quem é o destinatário das normas constitucionais, ou seja, quem é o próprio portador da

⁵⁷ CARVALHO, José Jorge de. **Proposta para Implementação de Um Sistema de Quotas para Negros na Universidade de Brasília**, 2002, p. 10.

deficiência e, o que é ainda pior, não conhecer os instrumentos que podem suprir eventual déficit de sua conceituação. Obviamente, a consequência imediata disso seria, em boa dose, a inutilidade das reflexões propostas neste trabalho, que só poderiam ser aplicadas com o precário apelo à categoria equivalente à deficiência do senso comum.

A Constituição não faz qualquer referência ao que se deva entender por tal conceito. Estipula, apenas, um regime de promoção de prestações positivas cujo devedor é, em geral, o Estado, e que tem como beneficiário a pessoa portadora de deficiência. A definição de deficiência teria sido, por conseguinte, deixada a cargo do legislador ordinário.

Surge, então, a Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, que regulamentou a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em que se chega à conclusão de que, mesmo disciplinando o sistema global com o objetivo de regulamentar o texto constitucional, a lei ordinária também se furtou de consolidar qualquer critério indicativo do teor do conceito referido.

Foi, portanto, somente com o advento do Decreto n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que se colmatou a referida omissão e, no seu art. 3º, I, ficou assim definida a deficiência: **toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade**, dentro do padrão considerado **normal**⁵⁸ para o ser humano.

⁵⁸ DAVIS, Lennard J. Constructing Normalcy. In: DAVIS, Lennard J. **The Disability Studies Reader**. Nova Iorque e Londres: Routledge, 1997, p. 10. Segundo o autor, as palavras que hoje descrevem a normalidade – padrão, média, normal – e seu oposto anormalidade – passaram a expressar o sentido que hoje se lhes atribui muito tarde na história humana. Relata-se que a expressão normal, no sentido de *conformado a*, ou *não desviado de*, apenas ingressou na língua inglesa em 1855. Anteriormente, o significado atribuído a tal expressão era apenas o associado à geometria, ou seja, de perpendicularidade, de atributo do que fazia ângulo reto com. Normalidade, pois, nada tinha a ver com a noção de média. Ao se pesquisar a etimologia do termo e seu emprego nas línguas européias ocidentais, percebe-se que a palavra substituiu o vocábulo *ideal*, tal como utilizado no século XVII. Descobre-se, ainda, que, muito embora seja difícil de imaginar e cause espécie aos indivíduos da modernidade, é possível assegurar que já houve um mundo no qual o sentido da palavra como é hoje empregada simplesmente não existia. Antes da modernidade, o que havia era o vocábulo ideal, identificado com as artes plásticas. O vocábulo predecessor referia-se, na maior parte das vezes, a um corpo mitológico relacionado com o divino. Esse corpo perfeito não é, porém, alcançado por nenhum ser humano. Só pode ser atingido se composto das partes ideais de vários modelos vivos. De alguma maneira, portanto, pode-se concluir que, antes da disseminação da palavra normal com o uso moderno, todas as pessoas eram tidas como deficientes. LENNARD DAVIS explica, contudo, que a deficiência, nesse sentido, não pode ser confundida com o seu significado atual, de oposição a um padrão de normalidade. Era simplesmente o não-ideal.

O ato regulamentar definiu também deficiência física: *a alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.*

Para arrematar, o art. 3º, IV, conceituou a deficiência mental *como o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais das áreas adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho.*

Mais recentemente, a Lei n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, buscou explicitar a própria noção de pessoa portadora de deficiência, que seria *a que temporária ou permanentemente tem limitada a sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo* (art. 2º, III). Não houve, propriamente, revogação da regulamentação anterior, mas apenas o acréscimo de um elemento cultural - a capacidade de integração ao meio - ao conceito de deficiência.

De início, portanto, já se pode verificar que, no ordenamento jurídico nacional, o conceito normativo de deficiência física não é bastante em si mesmo, pois se baseia diretamente em categorias da ciência médica. O conceito de deficiência mental, a seu turno, restringe-se à remissão ao funcionamento intelectual inferior à média manifestado antes dos 18 anos que cause as limitações arroladas nas alíneas *a a h*. A Lei n.º 10.098, por sua vez, acrescenta mais um elemento normativo necessário: a limitação da capacidade de relacionamento com o meio.

2.4.3.3.2 Do Conceito Multidisciplinar de Deficiência

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO adverte que:

"Ao lado de conceitos (jurídicos) unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos."⁵⁹

Na verdade, as relações entre direito e linguagem são bastante complexas, mesmo no âmbito dos conceitos referidos pelo autor como unissignificativos, por causa do caráter dinâmico ou mutável desta.

A norma, de fato, não se confunde com o seu texto. É, na verdade, o resultado de um processo intelectual⁶⁰ de apreensão de significados lingüísticos e dados da realidade que culmina na formulação de um enunciado vinculante. Por tal razão, o texto é mero referencial de partida para a elaboração da norma, e com esta não se confunde.

Exemplo claro disso é o que se colhe do fenômeno identificado pela doutrina como mutação constitucional⁶¹. Como decorrência das alterações lingüísticas e dos dados de realidade de determinada sociedade, não é raro, em países de longa tradição constitucional, que um mesmo texto constitucional venha, ao longo do tempo, a adquirir sentidos antes não apreendidos, ou explicitados, sem que haja, do ponto de vista formal, qualquer mudança substantiva⁶² na redação da Constituição, ou seja, sem que haja emenda ou revisão constitucionais⁶³.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 757.

⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9. A obra, freqüentemente citada como um clássico da interpretação no direito brasileiro, adverte que até mesmo o silêncio deve ser interpretado, sintoma óbvio de que a operação jurídica não se reduz a simples subsunção.

⁶¹ PINTO, Cristiano Araújo. **Modernidade, Tempo e Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 290. O professor da Universidade de Brasília realiza interessante estudo sobre os processos formais e informais de alteração da Constituição e distingue a mutação da reforma constitucional: "Conclui-se, portanto, que, na formulação teórica ora abordada, a reforma constitucional é o processo de mudança constitucional; segue normas e procedimentos previstos na própria Constituição. Em regra ocorre sob a forma de emenda à Constituição ou de uma revisão constitucional (que pode se realizar uma única vez ou periodicamente, em lapsos de tempo previstos no próprio diploma constitucional). A mutação constitucional, de outra parte, promove a mudança da normatividade constitucional à margem dos procedimentos de alteração legislativa institucionalizados."

⁶² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Fabris: Porto Alegre, 1997, p. 15. A advertência do professor é esclarecedora a propósito: "as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos."

⁶³ *Idem, Ibidem*, p. 71.

De qualquer maneira, feita a advertência anterior, afigura-se correta a necessidade de o aplicador do direito ser prudente ao identificar, *prima facie*, conceitos jurídicos vagos, indeterminados ou abertos, que, como tais, comportam, com grau mais dilatado de imprecisão, uma zona de certeza positiva, uma zona de certeza negativa e uma zona complexa.

Voltando a atenção especialmente ao conceito de deficiência física fornecido pelo regulamento, pode-se afirmar ser ele eminentemente fluido porque, para a sua caracterização, exige-se não só a alteração completa ou parcial de segmentos do corpo humano, mas a redução da capacidade de desenvolver a função *dentro dos padrões considerados normais para a espécie humana*.

O conceito de deficiência mental, mais vago ainda, não tem outro parâmetro objetivo senão *o funcionamento do intelecto inferior à média antes dos 18 anos*.

O que parece certo, de qualquer sorte, é que os próprios médicos e psicólogos divergem, em diversos temas de suas ciências, sobre o que pode ser considerado normal para o ser humano. Deve-se lembrar, ainda, que o desenvolvimento tecnológico pode fazer com que determinado déficit de função psíquica ou física possa ser compensado pela utilização de aparelhos, medicamentos ou por procedimentos cirúrgicos, de maneira que não comprometa a atividade a ser desenvolvida pelo portador.

Como se nota, são insuficientes os conceitos fundados apenas nas ciências da saúde para a caracterização, ao menos permanente, do que se entende por deficiência, tendo em vista a constante evolução da técnica e a disparidade de entendimentos médicos sobre um padrão fixo de normalidade.

Contudo, o que se afigura realmente determinante para afastar a possibilidade de definição unidisciplinar médica do referido conceito é que, ao menos para o direito, o que importa na deficiência física não é o atributo em si da pessoa portadora do déficit (por exemplo, a perda da visão, a dificuldade de locomoção), mas sim a redução da capacidade de integração ao meio que deste deriva.

Juridicamente, portanto, o que interessa, para chancelar a imprescindibilidade de ações afirmativas que atentem para as necessidades especiais, é a deficiência sociológica, que se relaciona diretamente com a noção de interação com o meio social em que vive e trabalha a pessoa portadora.

Nesse sentido, a deficiência é produto de um contexto social e não a característica atávica a um indivíduo.⁶⁴ É, portanto, definida em bases funcionais que relacionam a limitação a barreiras sociais, culturais e arquitetônicas antiinclusivas.

Curioso é observar que, na própria definição proposta pelo Decreto n.º 3.298, já existia, no tocante à deficiência física, além da imprecisa referência à normalidade, embrião de elemento cultural excludente, **que é a inexistência de deformidade estética**⁶⁵, o que sugere, mais uma vez, a inter-relação entre a alteração física e o seu impacto social na vida da pessoa portadora. Nesse ponto, por sinal, a disciplina do decreto é criticável, porquanto deformidades estéticas podem vir a produzir efeitos discriminatórios tão ou mais graves do que aqueles sentidos por pessoas portadoras de deficiências motoras, visuais, ou sensoriais.

Todos os caminhos da argumentação parecem, assim, levar à conclusão de que, em tema de deficiência, será infeliz qualquer tentativa do intérprete de tentar buscar o conceito, hermeticamente, no próprio ordenamento jurídico, e também insuficiente a remissão apenas à medicina. O conceito é, assim, eminentemente, multidisciplinar e aberto.

Na verdade, a regulamentação da Lei n.º 7.853/89 e a Lei n.º 10.098/01, antes de fixarem um conceito técnico-médico peremptório e restritivo para a realidade da deficiência, contribuíram, sabiamente, na generalidade de sua formulação, para uma expansão do conceito de deficiência, que deverá ser compatível com os objetivos de

⁶⁵ No direito comparado, colhem-se definições mais abrangentes que alcançam até mesmo deformidades estéticas, ao contrário do que sucede no direito brasileiro. No direito norte-americano, por exemplo, a Seção 504 do ADA (*Americans with Disabilities Act*) define deficiência como "uma alteração física ou mental que limite substancialmente uma atividade essencial da vida, como andar, ver, escutar, aprender, respirar, cuidar de outra pessoa ou trabalhar. Isso porque, como bem notado por DORIS ZAMES FLEISCHER e FRIEDA ZAMES, em **The Disability Rights Movement - From Charity to Confrontation**. Philadelphia: Temple University Press, 2001, p. 93. "a lei protege aqueles que portam deficiência e aqueles que são vistos como portadores de deficiência."

maximização das disposições relativas à isonomia da Carta⁶⁶. Essa abertura conceitual permite ao operador do direito agregar a tal noção significados extraídos da abordagem sociológica do conceito de deficiência, que considera o ambiente no qual estão inseridos os portadores de deficiência como o principal alvo das ações inclusivas a serem promovidas pelo Poder Público.

MELINDA JONES e LEE ANN BASSER MARKS descrevem que essa abordagem sociológica surge em substituição ao modelo médico que por muito tempo reinou absoluto na doutrina:

"Os sociólogos começaram a se afastar do modelo médico da deficiência. Rejeitando o determinismo biológico, a abordagem social da deficiência tem mudado o foco do indivíduo limitado para o ambiente social, e o modo no qual forças sociais, econômicas e políticas contribuem para a deficiência. Nesse modelo de deficiência, a preocupação não é mais com o corpo desviado do indivíduo. A abordagem construcionista da deficiência destaca o papel que o ambiente, a política social e instituições, ideologia e direito desempenham ao pôr em situação de deficiência vários setores da comunidade. O objetivo é trazer mudanças sistêmicas pela remoção de barreiras artificiais que limitam a vida das pessoas portadoras de deficiência."⁶⁷

A idéia central, portanto, é a de que as pessoas não são, por si sós, deficientes; a sociedade é que produz a deficiência, em um processo cultural de exclusão.

Assim, a não-especificação técnica de veículos automotores e dos transportes coletivos, a construção civil com barreiras arquitetônicas que dificultem o acesso a logradouros públicos, a inexistência de material didático adequado para educar

⁶⁶ Nesse sentido, confira-se que a redução da capacidade de realizar trabalho decorrente de doenças cardiovasculares pode vir a ser caracterizada como deficiência. ORTEGA, Maria Lúcia Jordão. Amplitude do Conceito de Deficiente. **Revista Trimestral de Direito Público**. N.º 17, 1997, p. 180.

⁶⁷ JONES, Melinda et MARKS, Lee A.B. **Law and the Social Construction of Disability**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 5. "*Social theorists have begun to move away from the medical model of disability. Rejecting biological determinism, the social approach to disability has shifted focus from the 'impaired individual' to the social environment, and the way in which broader social, economic and political forces are disabling. Under this model of disability the concern is no longer with the transgressive body of the individual. The social constructionist approach highlights the role of the environment, social policy and institutions, ideology and law play in disadvantaging various sectors of the community. The concern is to bring about systemic change by removing artificial barriers which limit the lives of people with disabilities.*"

portadores de déficits visuais ou auditivos, a inadequação nos serviços de saúde e a insuficiência de políticas públicas capazes de prover a vacinação, entre outros fatores, funcionam como meios diretos que ora dificultam a integração das pessoas, ora efetivamente produzem a deficiência, por causa dos impactos desproporcionais que trazem a sua história de vida.

Parece evidente, v.g., que a defasagem na educação e no acesso a bibliotecas é fator que, sozinho, já determina uma série de limitações nas possibilidades de ascensão profissional das pessoas portadoras de deficiência. Desenvolvendo tal idéia, FERREIRA e BOTOMÉ, com precisão e aguda sensibilidade, anotam que:

"A defasagem na obtenção do ensino regular diminui significativamente as possibilidades de competição do indivíduo na busca de colocação no mercado de trabalho. Além de superar o estigma de coitadinho, o deficiente deverá superar uma inferioridade de competência real, gerada não pela deficiência física, mas pela incapacidade da sociedade de propiciar ao seu elemento diferenciado a educação a que tem direito. A diminuição das possibilidades de competição da pessoa deficiente no que se refere à formação escolar generaliza-se para as diversas áreas da vida dessa população."⁶⁸

Por isso, conquanto se reconheça a relativa operacionalidade do conceito médico de deficiência, suas limitações são óbvias porque a consideram sob prisma determinista, que não leva em consideração as possibilidades de adaptação do meio social para a inclusão das pessoas portadoras de déficit de locomoção, auditivo, visual e outros. Assim:

"Mesmo alterações físicas acentuadas não levam, necessariamente, às chamadas deficiências físicas. Isto é, a não ser que continuem a existir as mesmas regras, exigências e situações, que valem para quem tem características físicas 'normais' (comuns). (...) Isso significa que a deficiência física é algo (um conceito) que precisa ser entendido pelas possibilidades de interação de uma pessoa – com suas características atuais – com o ambiente onde vive. E esse ambiente deve ter características que possibilitem a cada pessoa aproveitar o máximo dele com o menor custo possível".

Ao conceito médico, pois, não está estritamente vinculado o jurista, nem o executor de políticas públicas, seja por causa da formulação aberta e problematizante que

⁶⁸ FERREIRA, Marcos Ribeiro et BOTOMÉ, Sílvio Paulo. **Deficiência Física e Inserção Social. A formação dos Recursos Humanos**. Caxias do Sul: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 1984, p. 26.

foi delineada pelo Decreto 3.298 e pela Lei n.º 10.098, seja pela própria evolução da metódica constitucional, que, a cada dia, defende seja aumentado o leque de informações de que dispõe o jurista para tomar decisões impactantes sobre a realidade, com recurso a dados empíricos fornecidos por outras ciências sociais.

Em reforço da abertura metodológica que se sustenta neste trabalho, FRIEDRICH MÜLLER lembra, oportunamente, que

"o direito é uma técnica decisória politicamente funcional"⁶⁹, e que "a cooperação prática da ciência do direito com as outras ciências sociais exige de todas as partes um preparo maior do que as ultimamente tão freqüentes convocações para a sua 'integração' permitem supor"⁷⁰.

Deficiência, portanto, não é algo que alguém tem. Deficiência é a redução da capacidade de integração ao meio, motivada pela inadaptação dos serviços ou bens, públicos e particulares, às necessidades especiais de pessoas que apresentam alterações em funções orgânicas ou mentais⁷¹.

2.4.3.3.3 DAS AÇÕES AFIRMATIVAS CONSTITUCIONAIS ESTABELECIDAS EM FAVOR DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA.

Os direitos prometidos pela Constituição às pessoas portadoras de deficiência em nome da efetivação do princípio da igualdade material são dois: benefício da prestação continuada, e direito ao trabalho e às cotas de ingresso no ingresso do serviço público.

2.4.3.3.3.1 Do Direito Ao Benefício da Prestação Continuada

⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem e Violência - Elementos de uma Teoria Constitucional (I)**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 7.

⁷⁰ *Idem, Ibidem*, p.7.

⁷¹ No sentido da definição aqui preconizada, ainda, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de maio de 1999, que dispõe, no art. 1º, que *o termo deficiência significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico ou social.*

O art. 203, V, da Constituição Federal dispõe que configura um dos objetivos da assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem **não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família**, conforme dispuser a lei.

O objetivo do texto constitucional é, escancaradamente, combater as situações de pobreza extrema, a fim de aliviar o sofrimento da parcela mais marginalizada da população, desprovida de renda mínima para assegurar a própria subsistência.

Referido dispositivo constitucional, originariamente de eficácia limitada, foi regulamentado pela Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), no seu artigo 20 e parágrafos.

Tal preceito dispõe, como primeiro requisito para a concessão do benefício, que a pessoa portadora de deficiência deverá estar incapacitada para a vida independente e para o trabalho (§1º).

Como segundo requisito, a pessoa deverá comprovar **não possuir meios de prover à própria manutenção ou estar inserida em família incapaz de prover a sua subsistência** (§3º). Como incapaz, a lei considera a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 do salário mínimo. Já a comprovação da deficiência incapacitante se fará por meio de avaliação e laudo expedido por serviço que conte com equipe multiprofissional do Sistema Único de Saúde (SUS) ou do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), credenciados para esse fim pelo Conselho Municipal de Assistência Social (§6º).

Com o advento da lei regulamentadora, surgiu intenso debate na doutrina e na jurisprudência sobre a constitucionalidade do dispositivo que trata do requisito necessário à comprovação do estado de miserabilidade. É que uma das interpretações da lei, praticada pelos órgãos administrativos encarregados da concessão, sugere que a única forma de a pessoa portadora de deficiência demonstrar o estado de miserabilidade para o

fim de concessão do benefício é por meio da comprovação de que sua renda familiar *per capita* não ultrapassa 1/4 do salário mínimo.

O Ministério Público paulista, então, encaminhou à Procuradoria-Geral da República representação na qual solicitava a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra o referido dispositivo. Argumentava o *parquet* que o preceito enfocado limitaria o direito garantido pela norma constitucional do art. 203, V, da Constituição e, assim, deixaria milhares de pessoas portadoras de deficiência ao desabrigo, sem poder postular a concessão do benefício. Em suma, o *parquet* paulista sustentava que, a pretexto de regulamentar o dispositivo constitucional, o art. 20, na verdade, esvaziava o seu sentido e reduzia seu alcance.

A Procuradoria-Geral da República, convencida da plausibilidade da tese, propôs, na seqüência, a ADIN n.º 1.232-1, na qual pediu a declaração de inconstitucionalidade do art. 20, §3º, da referida lei, com pedido liminar de suspensão de eficácia da norma impugnada.

Na apreciação da liminar, o plenário da Corte, atentando para a natureza de norma de eficácia limitada do preceito constitucional, decidiu, por unanimidade, que a suspensão *initio litis* da vigência da norma produziria mal ainda maior do que a sua permanência no ordenamento jurídico.

Com efeito, a suspensão da eficácia da norma impugnada reconduziria a disciplina jurídica da matéria ao período anterior à regulamentação do preceito constitucional, de modo que a Administração ficaria impossibilitada de conceder novos benefícios até o julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade. Como o instrumento de controle de constitucionalidade só pode servir à maximização da efetividade da Constituição, e não à redução desta, realmente seria nefasto aos objetivos assistenciais da Carta suspender a eficácia da norma.

No mérito, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, considerou constitucional o preceito do §2º do art. 20 da Lei de Assistência Social. Observou o Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, *que o legislador deveria estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente, a fim*

de completar a efetivação do programa normativo de assistência no art. 203 da Constituição. Todavia, acrescentou que tal omissão não tornava o dispositivo atacado inconstitucional e que não era preciso dar interpretação conforme ao texto da lei para torná-lo compatível com a Constituição.

É, de fato, bastante curiosa a espécie tratada na oportunidade. O legislador, a propósito de regulamentar o texto constitucional, acabou por fazê-lo de forma insuficiente. Assim, o instrumento adequado para o combate do mal identificado pelo Ministério Público seria, no controle abstrato de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no plano do controle concreto, o mandado de injunção. Note-se que nem mesmo a técnica da interpretação conforme a Constituição seria útil, pois esta deve ser reservada para atos comissivos do Poder Legislativo que ostentem sentidos constitucionais e inconstitucionais, e não para condutas omissivas, como a do caso.

Em suma, firmou-se, na Suprema Corte, a convicção de que o benefício instituído pelo art. 20, §3º, da Lei de Assistência Social, só pode ser concedido àqueles que demonstrarem, objetivamente, a renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, ao menos enquanto o legislador não vier a estender a regulamentação do dispositivo inserido no art. 203 da Constituição a outras situações⁷². Em relação às demais hipóteses, persiste, pois, no entender do Tribunal, a eficácia limitada⁷³. É o que se extrai do voto do relator designado, Min. Nélson Jobim:

"Sr. Presidente, data venia do eminente Relator, compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição"⁷⁴.

⁷² Muito embora seja esta a posição da Corte, nas Reclamações n.ºs 2.298-6 e 2.468-7, o Ministro Gilmar Mendes não concedeu as liminares em processos nos quais se teria feito a prova de outra maneira, tendo ressaltado que "embora haja decisão desta Corte, não é de se excluir que, na hipótese dos autos, possa realizar-se um adequado *distinguishing*. Ademais, não restou demonstrada a proclamada avalanche de ações, requerendo o benefício assistencial. Em face da singularidade do caso, não se afigura evidenciado o *periculum in mora* indispensável à concessão da cautelar.

⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIN n.º 1.232-DF. Relator: Ministro Nélson Jobim. Julgamento em 27.08.1998, p. 105.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 103

O Superior Tribunal de Justiça, porém, mesmo depois da decisão proferida pelo Supremo, e, ainda que sujeito a reclamação constitucional, continua a manter postura judicial ativista em relação à questão⁷⁵. Segundo a jurisprudência consolidada na Corte, da qual é exemplo a decisão proferida no Recurso Especial n.º 397.943-SP⁷⁶, o disposto no art. 20, §3º, da Lei n.º 8.742/93 *há de ser considerado como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, e tal dispositivo não impede que o julgador faça uso de outros fatores que digam respeito à situação econômico-financeira, e que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor.*

Há notável aproximação entre o decidido em tal caso e a posição da Procuradoria-Geral da República, que restou vencida na ação direta citada. Basta, para concluir nesse sentido, conferir o trecho seguinte, constante da manifestação do *parquet* na ADIN:

"Veja-se, no entanto, que, da interpretação de tal lei federal n.º 8.742, de 1993 - conforme seja tal exegese -, é que pode resultar o desrespeito ao mandamento constitucional. Com efeito, se se entender - como parece ter entendido a representação acolhida pelo Exmo Sr. Procurador-Geral da República - que o § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742, de 1993, esgota o rol das possibilidades de comprovação de falta de meios, para o deficiente se manter ou ser mantido por sua família, então, realmente, essa norma há de ser tida por inconstitucional, na medida em que se terá revelado flagrantemente limitadora."

Em tema de assistência social, especialmente nos casos de benefício de prestação continuada, a melhor interpretação, sem embargo da jurisprudência consolidada com efeitos vinculantes e *erga omnes* do Supremo, deve atender à necessidade de preservação da igualdade material.

⁷⁵ FELIPE, Jorge Franklin Alves. Direito Previdenciário. In: TEPERINO, Maria Paula. **Comentários à Legislação Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.118. "O critério legal é extremamente injusto, complexo e rigoroso, ainda que atenuado na prática, pelos meios de prova instituídos. Uma interpretação menos literal e mais social, no entanto, foi dada ao dispositivo pelo Superior Tribunal de Justiça. Ao que dela se infere a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo presume objetivamente a necessidade do benefício, que pode ser demonstrada de outros modos."

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n.º 397.943-SP. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento em 26.02.2002.

Assim, porque já existe a norma regulamentar do dispositivo constitucional, a melhor interpretação é a que entende possível a aplicação analógica do §3º do art. 20 citado, para alcançar todas as situações em que seja a situação de miserabilidade constatável por outros meios de prova.

2.4.3.3.2 DIREITO AO TRABALHO E À QUOTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS

A Constituição da República dedica, ainda, especial atenção ao direito ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência, seja no âmbito do serviço público, seja fora deste, no universo comum das relações de trabalho.

O trabalho, no texto constitucional, além de princípio fundamental, assume, em relação a tais pessoas, a característica de instrumento do princípio da inclusão, de combate à discriminação e à marginalização.

Além de proibir, no mercado privado, a discriminação do trabalhador portador de deficiência no art. 7º, XXXI, e, assim, de positivar, de modo explícito, a dimensão negativa do princípio da isonomia, o texto constitucional cuida de estabelecer medidas positivas de proteção aos portadores de deficiência por meio de quotas no serviço público.

De fato, o art. 37, VIII, da Carta, dispõe que *a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.*

A lei a que se refere o texto constitucional é de competência legislativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e deverá aplicar-se no âmbito dos cargos e empregos públicos das respectivas pessoas jurídicas de direito público. Cuida-se, portanto, de norma de eficácia limitada, dependente de interposição do legislador para a aquisição de eficácia plena.

No plano federal, coube à Lei n.º 8.112/90, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, definir, no §2º do art. 5º, que às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, bem como assentar que até 20% das vagas oferecidas nos concursos lhes seriam reservadas.

Visivelmente, a regulamentação levada a cabo foi imperfeita, porque não dispôs sobre o percentual mínimo a ser reservado, e, assim, deixou larga margem de discricionariedade ao administrador público para eleger o percentual que julgasse conveniente e oportuno.

Além disso, não dispôs sobre a necessidade de criar-se lista única de aprovados, nem de como se procederia a ordem de nomeação dos aprovados, o que favoreceu a prática discriminatória de órgãos da administração de nomear os candidatos da lista dos aprovados não declarados como portadores de deficiência antes de iniciar a nomeação dos aprovados declarados portadores de deficiência. Por fim, a lei não solucionava a questão de saber qual a providência a ser tomada nos casos em que a porcentagem não resultasse em número inteiro ou, pior, fosse inferior a um.

A propósito de tais impropriedades na regulamentação, bem observou SETTE DE BARROS⁷⁷:

"Havia prejuízo para esses candidatos porque, em que pese lhes serem reservadas vagas, não havia regras a respeito de sua convocação para o exercício do cargo. As instituições, com fundamento na tese de administrativistas de envergadura, escondendo o intuito discriminatório que regia seus comandos, socorriam-se da discricionariedade que imperava, e ainda impera, nos atos administrativos para convocar vários candidatos não-deficientes e não fazer o mesmo com os portadores de deficiência, que necessitavam, como ainda necessitam, pleitear seu direito perante o Judiciário. O prazo de validade do concurso se exauria e o candidato habilitado e com reserva de vaga acabava preterido."

Tais problemas vieram a ser sanados, parcialmente, com a Edição do Decreto n.º 3.298/99, que, no seu art. 37, §§1º e 2º, dispôs que, no âmbito da

⁷⁷ BARROS, Maria Magdala Sette. Portadores de Deficiência e o Concurso Público. **Boletim dos Procuradores da República**. Ano IV, n.º 45, jan. 2002, p. 23.

administração federal, far-se-ia a reserva de, no mínimo, 5% de todas vagas e, ainda, que, no caso de a aplicação do percentual resultar em número fracionário, dever-se-ia considerar como número reservado de vagas o primeiro inteiro superior (critério do arredondamento para cima). Tal critério, proposto em decreto federal, foi, ainda, invocado como padrão de razoabilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar recurso extraordinário no qual a administração municipal se recusava a convocar portadora de deficiência para preenchimento de uma das 8 vagas existentes.

No caso, o RE n.º 227.299-1/MG, o Ministro Relator, Ilmar Galvão⁷⁸, assim se pronunciou:

"Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, inciso III, a, da Constituição Federal, impugnando decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que negou à recorrente o direito de ter assegurada, com base no art. 37, VIII, do texto constitucional, uma das oito vagas disputadas em concurso público para provimento do cargo de advogado da Câmara Municipal de Divinópolis - MG. Para assim decidir, o Tribunal de Justiça estadual aplicou ao caso a regra contida no §2º do art. 7º da Lei Complementar n.º 09/92, do Município de Divinópolis, considerada como reguladora do artigo 37, VIII, da Constituição Federal no âmbito da Administração municipal e que destina aos portadores de deficiência 5% das vagas oferecidas em concursos públicos. Dessa forma, sendo o número de vagas oferecidas igual a 8 (oito), cujos 5% correspondem a 0,4 (quatro décimos), o julgado recorrido entendeu inexistir reserva de vaga para deficientes no concurso em questão.

Acrescenta, por fim, que o critério disposto no Decreto n.º 3.298/99 pode ser invocado analogicamente para resolver a questão, no silêncio da regulamentação municipal:

"No âmbito federal, a Lei n.º 8.112/90, no §2º do artigo 5º, dispõe que serão reservadas, para pessoas portadoras de deficiência, até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos. Mais recentemente, o Decreto n.º 3.298, de 20/12/99, regulamentando a Lei n.º 7.853, veio disciplinar, na Administração Federal, esse direito, assegurando um mínimo de 5% (cinco por cento) das vagas para portadores de deficiência e explicitando, no art. 37, §2º, que, no caso do percentual resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número

⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n.º 227.299-1/MG. Relator: Min. Ilmar Galvão, Informativo 193.

inteiro subsequente. A Administração Pública municipal de Divinópolis, por meio da Lei Complementar n.º 09/92, estabeleceu uma reserva de 5% das vagas oferecidas nos concursos públicos aos portadores de deficiência, sem regular, entretanto, a situação dos resultados fracionados. De ter-se, em face da obrigatoriedade da reserva de vagas para portadores de deficiências, que a fração, a exemplo do disposto no Decreto n.º 3.298/99, seja elevada ao primeiro número inteiro subsequente, no caso 01 (um), como medida necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa."

Em uma visão positivista tradicional, críticas podem ser tecidas à decisão, que aplicou um ato normativo federal para reger matéria cuja disciplina estava limitada ao Município.

Na repartição constitucional de competências, cumpriria ao Chefe do Poder Executivo local efetuar a regulamentação. Todavia, se se compreender, em uma linha interpretativista, que o intuito da quota é garantir o aumento da representatividade de minorias no serviço público, seria um contra-senso existir uma quota que não atingisse ao menos uma unidade.

Implicitamente, portanto, mesmo à falta de regulamento, a interpretação da lei instituidora da reserva já asseguraria ao menos uma vaga para os portadores de deficiência.⁷⁹

Voltando-se novamente para o plano federal, não obstante tenha sido solucionado o problema da quota mínima⁸⁰, o decreto nada dispôs sobre a forma de nomeação. Persiste atual o problema, portanto, da forma de convocação dos aprovados.

Não é consentânea com o princípio da isonomia a prática de nomear primeiro todas as pessoas declaradas não portadoras de deficiência para só então nomear as declaradas portadoras, nem a solução inversa.

Duas interpretações parecem ser mais fiéis ao propósito isonômico.

⁷⁹ A idéia, como se verá, precisará ser dosada com o princípio da proporcionalidade quando só existir uma vaga.

⁸⁰ Ver-se-á que a solução, também nesse ponto, não foi perfeita.

A primeira reza que os candidatos aprovados no certame (selecionados na quota e fora dela) sejam classificados em uma lista única de convocação e, assim, nomeados, segundo o critério de ordenação da pontuação obtida. Prepondera, pois, em tal critério hermenêutico, a análise do desempenho nas provas.

A segunda interpretação, também razoável, dispõe que a convocação deve preservar a dualidade de listas de aprovados, mas ser feita à razão da proporção definida pela quota. Assim, se 20% das vagas foram reservadas, deve-se nomear um candidato portador de deficiência para 4 não portadores. Dá-se valor, nessa vertente, ao critério do pluralismo.

SETTE de BARROS filia-se a tal corrente:

"Recentemente foi publicado o edital do XLI concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, dando-nos um exemplo quase perfeito de como deverá o Poder Público agir para não ferir direitos dos portadores de deficiência, tampouco privilegiá-los em detrimento dos demais candidatos. No item XI, j e k estabeleceu-se a seguinte regra: condicionou-se a primeira admissão de candidato portador de deficiência após o preenchimento da décima vaga dos não-deficientes, sendo as demais admissões efetivadas na vigésima, trigésima vaga e assim sucessivamente. (...) A regra aplicada conseguiu proporcionalizar (sic) razoavelmente a convocação dos dois tipos de candidatos, sem violar direitos ou causar discriminação."⁸¹

A primeira interpretação é, porém, mais consistente, porquanto o critério das quotas, que incorpora o valor pluralismo, no momento da seleção, deve ser ponderado com o critério do merecimento, no momento da nomeação, dado o interesse da Administração de selecionar os candidatos tecnicamente mais preparados em primeiro lugar.

Resta, ainda, analisar problema que resistiu à regulamentação, qual seja, o de saber como deve proceder o administrador nos casos em que só haja uma vaga. No caso, a tensão entre o princípio da universalidade do acesso aos cargos públicos (art. 37, II) e o princípio da isonomia material (art. 3º e 37, VIII) atinge seu ponto de cume. **Se se**

⁸¹ *Ibidem*, p. 24.

prestigiar, na forma do decreto, o arredondamento para cima da fração, então haverá um concurso só para portadores de deficiência.

Contudo, tal solução, à evidência, não passa no teste do princípio da proporcionalidade, pois o gravame imposto à maioria não portadora de deficiência (exclusão do concurso) não é compensado por nenhuma espécie de ganho coletivo, ou finalidade assentada no texto constitucional. A reserva de vagas constituiria, no caso, verdadeiro privilégio dos portadores de deficiência.

Tal constatação resta nítida sobretudo se se imaginar que, em diversos certames sucessivos, poderia haver uma única vaga, situação que levaria, sempre, à seleção de portador de deficiência.

JOHN RAWLS, ao formular os princípios de sua teoria da justiça, reforça o acerto de tal conclusão:

"Todos os valores sociais - liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima - devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos."⁸²

A tal postulado acrescenta que as liberdades, justamente por não serem bens absolutos, admitem restrições quando se chocam umas com as outras⁸³.

Assim, deve-se resolver a colisão entre os direitos fundamentais (direito à reserva de vagas e direito à isonomia formal), **no caso extremo**, conferindo-se preponderância ao segundo, pois o objetivo final de garantir uma seleção plural naquele certame seria frustrado acaso se possibilitasse a reserva. Haveria, sob a aparência de uma discriminação positiva, verdadeira discriminação reversa da maioria.

É curioso notar que, ainda nos dias correntes, mais de 15 anos após a promulgação da Constituição da República, o próprio Poder Público ainda desobedece, lamentavelmente, à salutar medida de ação afirmativa criada pelo Constituinte e

⁸² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita M.R.Esteves. Martins Fontes, 2000, p. 66.

⁸³ *Ibidem*, p. 65.

regulamentada pela Lei n.º 8.112/90 e, pasme-se, o faz até por meio da instituição que, antes das outras, deveria primar pela obediência à Carta – o próprio Poder Judiciário.

Com efeito, em ocasião não tão distante, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao publicar o edital para o concurso de provimento do cargo de juiz substituto, não incorporou a suas regras a da reserva de vagas, apesar da insistente atuação do Ministério Público Federal com o propósito de persuadi-lo a inseri-las. Foi, enfim, ajuizada ação civil pública⁸⁴, com pedido (e posterior concessão) de liminar para obstaculizar a realização do concurso até o julgamento final da demanda.

Lamentavelmente, o Poder Judiciário, na oportunidade, invocou o art. 93 da Constituição Federal para sustentar que, em relação à carreira da magistratura, não existiria, ainda, a lei regulamentar a tratar da reserva de vagas.

Referido dispositivo constitucional dispõe que *lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.*

O Tribunal argumentava, em síntese, que o art. 93 impunha, em relação aos magistrados, a reserva de lei qualificada, com *quorum* de maioria absoluta. Assim, a Lei n.º 8.112/90, por ser ordinária, não poderia ser aplicável subsidiariamente. Em síntese, não haveria regulamentação do texto constitucional em relação a tal aspecto.

Tal interpretação do texto constitucional não é, contudo, a melhor, mesmo em uma leitura interpretativista e ortodoxa da Constituição, que empregue a técnica do critério da especialidade para a solução de antinomias.

De fato, o princípio da unidade da Constituição preconiza que o texto seja interpretado sistematicamente, de maneira que sejam eliminados eventuais conflitos entre

⁸⁴ RAMOS, André de Carvalho. A Reserva de Vagas para Pessoas Portadoras de Deficiência em Concursos da Magistratura. **Boletim dos Procuradores da República**. Ano V, n.º 54, out. 2002, p.7

as normas. Desse modo, se o art. 37, *caput*, dispõe que *a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também ao seguinte: VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão*, então, em relação à reserva de vagas, o dispositivo citado é especial em relação ao art. 93, e afasta a sua aplicação.

Acaso se faça uma leitura não interpretativista do texto constitucional, com mais razão, ainda, chegar-se-á à mesma conclusão, pois a aplicação do art. 37 sofreria, ainda, o influxo do princípio insculpido no art. 3º da Carta, como bem anota ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS⁸⁵, procurador da República que ajuizou a demanda anulatória do edital:

"Ora, afirmar que o art. 93 rege de modo exclusivo o acesso aos cargos da magistratura implica em reconhecer que o Poder Judiciário não é regido em sua conduta administrativa pelo art. 37 da Constituição, o que viola expressamente o *caput* do art. 37, bem como o ensinamento da doutrina pátria. Pelo contrário, devemos interpretar o art. 93 relacionando-o com outros dispositivos constitucionais, entre eles, o artigo 3º, já citado, que prega a inclusão e o desenvolvimento social, o art. 5º, *caput*, que veicula o princípio da igualdade material e, finalmente, o artigo 37, inciso VIII, já referido, que estabelece a ação afirmativa em prol das pessoas portadoras de deficiência. Ademais, a colocação dos candidatos aprovados em duas listas, geradas pelo tratamento desigual dos desiguais, não faz com que, quando das nomeações, seja desobedecida a 'ordem de classificação', pois todos os candidatos, de acordo com cada lista, serão nomeados em ordem de classificação".

A Constituição, assim, não admite a interpretação restritiva proposta pelo Tribunal Regional do Trabalho.

A Carta Política não se ocupou explicitamente do direito à reserva de mercado, mas, implicitamente, a autoriza, dada a conjugação do art. 7º, XXXI, que veda a discriminação de salário e de critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, com o art. 3º, que positiva os objetivos de erradicação da pobreza, da marginalização e de redução das desigualdades sociais. Indiretamente, cuidou também do

⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 7.

direito do trabalho no mercado ao preconizar, no art. 203, IV, a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

De fato, se a Constituição busca tal finalidade antidiscriminatória, de um lado, de outro, impõe ao legislador uma série de obrigações afirmativas, das quais se deverá desincumbir, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, a fim de combater, por meio de leis protetivas, os efeitos negativos e muitas vezes imperceptíveis da exclusão promovida por agentes particulares sobre as oportunidades da população portadora de deficiência.

Advoga a melhor interpretação da Constituição, portanto, que ao Estado cumpre não só o papel, típico do Estado Liberal, de reprimir a discriminação oficial, promovida pelos agentes públicos, mas também o de proteger a isonomia nas relações entre particulares, seja por meio da defesa do indivíduo contra a discriminação nas relações regidas pelo direito comum, seja por meio da criação de obrigações oponíveis a terceiros que implementem a igualdade, positivamente, também nas relações privadas.

Tanto se dá sobretudo porque, no Estado Social, abandona-se o paradigma da neutralidade do Estado em relação ao bem-estar dos indivíduos, e ganha força a idéia de que não só deve este promovê-lo, como também disciplinar as desigualdades de fato existentes entre os particulares nas relações contratuais.

No Direito do Trabalho, essa tendência protetiva é congênita, porquanto à situação de desigualdade de forças entre o trabalhador, que vende a sua força de trabalho, e o empregador, que assume os riscos do negócio e auferes os lucros, contrapõe-se o princípio protetivo, que implicará uma série de limitações à autonomia da vontade.

Embora há muito venha a experiência histórica comprovando que, em relação a minorias discriminadas, a simples ação repressiva da conduta discriminatória não possibilita, sozinha, a verdadeira inclusão de seus membros nos espaços públicos e privados mais relevantes da sociedade e sejam, pois, antigos os problemas jurídicos relacionados à implementação do direito à igualdade entre particulares, apenas recentemente a doutrina constitucional tem voltado seus olhos com a devida atenção para o problema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, alcunhando-a eficácia

horizontal dos direitos fundamentais, ou eficácia perante terceiros, em oposição à eficácia vertical, tradicionalmente ligada à função de defesa dos direitos perante o Estado.

A propósito, observa INGO WOLFGANG SARLET que:

"Em suma, cuida-se de saber até que ponto pode o particular (independentemente da dimensão processual do problema) recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, isto é, se, quando e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, neste caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais. A natureza peculiar desta configuração decorre justamente da circunstância de que os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) os titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecer restrições recíprocas, estabelecendo-se uma relação de cunho conflituoso, inexistente, em regra, no âmbito das relações entre particulares e as entidades estatais (poder público em geral), já que estas, ao menos em princípio, não podem opor direito fundamental aos primeiros." ⁸⁶

Sensível à dificuldade de inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho, o legislador ordinário, por meio da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe, no art. 93, que *a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5 % (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - 2% até 200 empregados; II - 3% de 201 a 500; III - 4% de 501 a 1000; IV - 5% de 1001 em diante.*

A medida impõe, portanto, à empresa, segundo o número de empregados, a obrigação de contratar-se uma quota mínima de portadores de deficiência, habilitados, ou beneficiários, reabilitados, como forma de forçar a existência de um mínimo de pluralidade relativo à compleição no ambiente de trabalho.

A interpretação literal do art. 93 poderia levar ao entendimento absolutamente divorciado do princípio da igualdade, segundo o qual a quota aludiria

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. In:_____. **A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado.** Porto Alegre: 2000, p. 112.

apenas a pessoas que exibissem certificados de habilitação ou reabilitação⁸⁷ formalmente expedidos pelo INSS. É que a lei previdenciária dispõe que, ao fim do processo de habilitação ou reabilitação, o INSS emitirá certificado individual, indicando a função para a qual o reabilitando foi capacitado profissionalmente, e, assim, qualifica os destinatários da quota.

Ora, parece óbvio que a lei busca, na verdade, criar maiores oportunidades de trabalho para toda e qualquer pessoa portadora de deficiência capaz de desincumbir-se satisfatoriamente das funções exigidas pelo emprego, e não exigir a qualificação burocrática do portador de deficiência para que possa ser candidato à quota. Fazê-lo, por sinal, significaria criar uma situação iníqua de competição no âmbito do próprio universo das pessoas portadoras de deficiência, o que não seria, certamente, legitimado pela Constituição.

Deve-se notar, com ARION SAYÃO ROMITA⁸⁸, que o Brasil, no particular, acompanha a tendência já manifestada no direito comparado, que, desde a década de 70, vem caminhando no sentido da proteção ao mercado das pessoas portadoras de deficiência física, por meio de soluções legislativas variadas. Todavia, assevere-se que a lei brasileira exige seja a reserva feita *in natura*, ou seja, se implemente com a efetiva oferta de empregos às pessoas portadoras de deficiência, ao contrário do que sucede em determinadas nações, como a Alemanha, na qual a obrigação da empresa, imposta pela lei de integração do deficiente no trabalho, a vincula apenas perante o Estado, e pode, pois, ser substituída pelo pagamento de quantia mensal destinada à formação de fundo patrocinador de instituições cujo propósito é a reabilitação.

O juiz, ao impor coativamente ao empregador a obrigação de fazer, deve, contudo, atentar para a necessidade de dosar as contratações. Um dos critérios que podem ser aplicados é o da alternância entre admissões de pessoas portadoras de deficiência e de não portadoras a cada dispensa futura, sob pena de *astreintes*. Aduz-se que tal possibilidade está adstrita aos empregadores privados. Isso porque a reserva de quotas, tendo em vista o princípio do concurso público, não é aplicável à Administração Direta

⁸⁷ A habilitação é o processo de capacitação para o trabalho de pessoas portadoras de deficiência congênita; a reabilitação, por sua vez, é o processo de capacitação das pessoas que adquiriram a deficiência em decorrência de acidente.

⁸⁸ ROMITA, Arion Sayão. Direito do Trabalho e a Pessoa Portadora de Deficiência. In: **Comentários à Legislação Federal Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência**. Forense: 2001, p. 140.

da União, dos Estados e dos Municípios, nem a sua Administração Indireta (fundações, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Todavia, poderá ser objeto de ação civil pública quando se tratar de particular renitente em cumpri-la.

3.0 Considerações Finais.

O princípio da igualdade foi acolhido pela Constituição de 1988 em sua máxima extensão na história constitucional pátria. São diversos os dispositivos que possibilitam ao intérprete encontrar no texto, ponto de partida da interpretação, o substrato da isonomia em sentido formal e material.

Como se buscou demonstrar, a Carta Política não se contenta com a posição de neutralidade característica do Estado Liberal; cria, ao contrário, em diversos dispositivos, a obrigação de o legislador ordinário agir diretamente com o escopo de realizar a igualdade material, sem se limitar a vedar a discriminação arbitrária.

Por isso, o compromisso assumido pelo constituinte é radical o suficiente para que seja inevitável a assunção de riscos, pois, para implementar a igualdade de oportunidades, concebem-se, na Carta, instrumentais capazes até mesmo de restringir o alcance da própria isonomia em sentido formal.

Nesse paradoxo da igualdade em favor e contra a igualdade é que se fundam todos os argumentos favoráveis e todas as mais graves críticas que se fazem à ação afirmativa.

De fato, toda a sustentação teórica da possibilidade de compatibilização de políticas afirmativas passará, necessariamente, pela identificação de uma discriminação pretérita que projete efeitos presentes e pela elaboração de instrumentos (normativos e de políticas executivas públicas) capazes de reverter uma situação de fato avessa ao direito com integridade de princípio.

Nesse particular, para exercitar-se um controle de constitucionalidade adequado sobre as medidas de ação afirmativa, os órgãos jurisdicionais precisam rasgar o seu véu de inocência, e enxergarem-se como atores fundamentais na realização dos objetivos contitucionais, ainda que para tanto seja necessário reformular a concepção de Separação de Poderes, dos limites do controle jurisdicional de constitucionalidade e até mesmo do limite de tolerância das omissões do legislador.

No presente contexto fático, é razoável supor que as medidas já adotadas pelo legislador no que tange às ações afirmativas de gênero e raça são necessárias para a tão propalada igualdade material.

Para a sua eficácia restauradora, no entanto, dependerão mais do que da sua mera adequação: dependerão de uma redefinição do conceito de igualdade e, por que não dizer, do conceitode tolerância, em especial dos membros majoritários a quem as medidas possam soar como limitadoras do princípio da igualdade formal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 95-116.
- ARAÚJO, Luiz Roberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: CORDE/MJ, 1994.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Maria Magdala Sette de. Portadores de Deficiência e o Concurso Público. **Boletim dos Procuradores da República**. Ano IV, n.º 45, jan. 2002, p.22-24.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- BOTOMÉ, Sílvio Paulo; FERREIRA, Marcos Ribeiro. **Deficiência física e inserção social. A formação dos recursos humanos**. Caxias do Sul: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 1984.
- CARA, Juan Carlos Gavara de. **Derechos Fundamentales Y Desarrollo Legislativo - La Garantía Del Contenido Essencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

- COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 1999.
- CORDARO, Cesar Antonio Alves. Adequação das Edificações à Pessoa Portadora de Deficiência no Município de São Paulo. *Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. Advocacia Pública e Sociedade*. Ano I, n.º 1, 1997, p.39-43.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DAVIS, Lennard J. Constructing Normalcy. In: _____. **The Disability Studies Reader**. New York and London: Routledge, 1997, p. 9-29.
- DE PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 1997
- DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da igualdade no Direito do Trabalho - sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho**. Coimbra: Almedina
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FARIA, Helena Omena Lopes de; MELO, Mônica de. Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. In: CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, **Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade**, 1998, p. 372-385.
- FELIPE, Jorge Franklin Alves. Direito Previdenciário. In: TEPERINO, Maria Paula. **Comentários à Legislação Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 107-136.
- FERRARI, Regina Maria Macedo. **Normas constitucionais programáticas - normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de. Direito de Locomoção da Pessoa Portadora de Deficiência no Meio Ambiente Urbano. **Revista de Direito Ambiental**. N.º 23, jul.-set. 2001, p. 67-89.

- FLEISCHER, Doris Zames; ZAMES, Frieda. **The Disability Rights Movement**. Philadelphia: Temple University Press, 2001.
- GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro e São Paulo: 1ª Edição, 2001.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. New York: Norton & Company, 1999
- JACQUES, Paulino. **Da Igualdade perante a Lei**. Rio de Janeiro, 1947. Tese de Cátedra. Faculdade de Direito da Faculdade Nacional de Direito, Universidade do Brasil.
- JONES, Melinda; MARKS, Lee A.B. **Law and the Social Construction of Disability**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.12-60.
- LAKOFF, Sandford A. **Equality in Political Philosophy**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1964.
- LASSALE, Ferdinand. Trad. Antonio Becker. **A Essência da Constituição**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.
- LONGMORE, Paul K; UMANSKY, Lauri. **The New Disability History - American Perspectives**. New York: New York University Press, 2001.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.
- _____. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MELO, Mônica de. A proteção Constitucional da Pessoa Portadora de Deficiência Física. **Revista de Direitos Difusos**. Vol 4, dez. 2000, p.460-480.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição, 10ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional (Tomo IV). Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem e violência - elementos de uma teoria constitucional (I)**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- ORTEGA, Maria Lúcia Jordão. Amplitude do Conceito de Deficiente. **Revista Trimestral de Direito Público**. N.º 17, 1997, p.179-181.
- POSNER, Richard. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2003.
- PRADO, Adriana Romeiro de Almeida. Eliminação de Barreiras: um Desafio. **Revista de Direitos Difusos**. Vol. 4, dez. 2000, p. 419-422.
- PRESTES, Brian S. Disciplining the Americans With Disabilities Act's Direct Threat Defense. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**. Volume 22, data ilegível.
- RAMOS, André de Carvalho. A Reserva de Vagas para Pessoas Portadoras de Deficiência em Concursos da Magistratura. **Boletim dos Procuradores da República**. Ano V, n.º 54, out. 2002, p. 3-17.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita M.R.Esteves. Martins Fontes, 2000.
- REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n.º 15, 1996, p.85-99.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. O acesso do Portador de Deficiência ao Patrimônio Cultural. **Advocacia Pública & Sociedade**. N.º 1, 1997, p.97-104.
- ROMITA, Arion Sayão. Direito do Trabalho e a Pessoa Portadora de Deficiência. In: TEPERINO, Maria Paula. **Comentários à legislação federal aplicável às pessoas portadoras de deficiência**. Forense: 2001, p.137-161.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. In: _____. **A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: 2000, p. 107-164.
- SCHWARTZ, Bernard. **Constitutional Law - a Textbook**. 2ª Edição. New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 1979.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge (Massachussets): Harvard University Press, p. 94, 1994.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário - Os Direitos Humanos e a Tributação (Vols. III e V)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos - Vol. I**. 1ª Edição. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La Eficacia de Los Derechos Fundamentales Frente a Particulares - Análisis de La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Boletín Oficial Del Estado - Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1997.
- WERNECK, Cláudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: WVA, 1997.