JOSÉ CARLOS EVANGELISTA DE ARAÚJO

O ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO EM FACE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (MESTRADO)

O ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO EM FACE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

JOSÉ CARLOS EVANGELISTA DE ARAÚJO

SÃO PAULO
2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (MESTADO)

O ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO EM FACE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

JOSÉ CARLOS EVANGELISTA DE ARAÚJO

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de **MESTRE** em Direito do Estado (Constitucional), sob a orientação da Profa. Dra. Maria Garcia.

SÃO PAULO
2007

Banca Examinadora

_____

_____

_____

Dedicatória

A *DEUS*, por me acompanhar mais uma vez nessa importante etapa, sem deixar de me apoiar nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais, Francisco e Darcy, e meus irmãos, Douglas e Emerson, pelo amor incondicional.

À Profa. Dra. Maria Garcia, querida professora que me acolheu com respeito e carinho. Maestrina do conhecimento, cujas aulas jamais serão esquecidas em virtude da beleza e harmonia de sua condução.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e à CAPES, pelo auxílio e prontidão aos meus requerimentos.

À Clarissa Ribeiro Schinestsck, mulher que me trouxe maturidade para enfrentar as intempéries da vida. Não dedico apenas o meu apoio à sua formação acadêmica e profissional, mas todo o meu amor.

A todos aqueles amigos, especialmente ao Lucas Lehfeld e ao Ivan Garcia, que me auxiliaram nesse processo de investigação, ajuda sem a qual não conseguiria concluir a busca do conhecimento.

Ficha catalográfica elaborada pela
Bibliotecária Meyre Raquel Tosi
CRB-8 nº 759

342.72(81)
A689e

Araújo, José Carlos Evangelista de
O estado democrático social de direito, em face do princípio da igualdade e as ações afirmativas/José Carlos Evangelista de Araújo. – São Paulo: J.C.E. de Araújo, 2007 .
576p. 23cm.

Dissertação (mestrado) Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado (Constitucional) da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Profa. Dra. Maria Garcia.

1. Direito do Estado . 2. Estado democrático. I,. Garcia, Maria. II. Faculdade de Direito – PUC- SP. III . Título.

CDD 342.72(81)

Índice para catalogo sistemático

Direito do Estado	342.72(81)
Estado democrático	342.72(81)

RESUMO

O Estado nacional moderno teve a sua evolução condicionada pelo desenvolvimento peculiar das forças produtivas e das relações sociais de produção globalmente articuladas no âmbito de um mercado mundial em contínua expansão. Na condição de elemento superestrutural a sua evolução jurídica e política conheceu múltiplas faces (Estado nacional-absolutista; liberal-individualista; liberal-democrático; social; burocrático; social de direito; neoliberal) correspondentes às adaptações necessárias do plano institucional às demandas oriundas da infraestrutura econômica em permanente transmutação. Evolução que forçou uma ampliação progressiva do processo de democratização das instituições e de reivindicações de natureza igualitária como pressuposto de sua legitimação política. O Estado Democrático Social de Direito que emergiu após a 2ª. Guerra Mundial foi o que melhor conciliou desenvolvimento econômico com legitimação política e social – de que foi expressão a experiência jurisdicional e doutrinária decorrente da Constituição alemã de Bonn (1949) e da Constituição portuguesa de 1976 que influenciaram a Carta de 1988. Esta, não obstante as limitações estruturais que condicionam as formas jurídica e politicamente emancipatórias em um país da periferia do modo de produção capitalista, propiciou avanços notáveis aos segmentos mais frágeis da sociedade nacional. Estes avanços decorreram da vinculação dos poderes estatais às políticas públicas orientadas para a redução de todas as formas de desigualdade - "constitucionalismo dirigente". Práticas igualitárias, como manifestação de uma justiça política por meio da qual se aspira legitimar uma dada concepção de estatalidade, foram uma constante desde a formação da *polis* grega. No pensamento seminal de Platão e Aristóteles encontram-se alguns parâmetros gerais do que caracterizamos como uma "teoria normativa da justiça (política) como igualdade". Tais elementos emergem com grande força no bojo pensamento jusfilosófico moderno, em especial junto à tradição "contratualista" – centro epistêmico daquilo que se tornou conhecido por "constitucionalismo". Nele, identifica-se a presença do "princípio da igualdade" como um dos elementos nucleares da dogmática moderna dos direitos fundamentais, na contribuição de autores como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. À dura crítica levantada contra certos aspectos de suas formulações pela tradição marxista, seguiu-se uma vigorosa retomada dessa tradição na segunda metade do século XX por John Rawls. Sua teoria da justiça como equidade, retoma em um nível superior de consideração as formulações dos contratualistas clássicos, fornecendo elementos suplementares para a compreensão e fundamentação de novas modalidades de intervenção estatal, na forma de políticas públicas comumente denominadas por "ações afirmativas". Estas se manifestaram de forma mais incisiva no interior da sociedade norte-americana, como desdobramento do amplo movimento pela defesa dos direitos civis e do reconhecimento pelo Poder Judiciário da inconstitucionalidade de práticas institucionais de caráter segregacionista. Mas a "igualdade perante a lei" deixou patente sua insuficiência em relação à correção de distorções decorrentes de práticas pretéritas, demandando "igualdade através da lei". Transitou-se da igualdade formal (isonomia) para a igualdade material/substancial (igualdade de oportunidades). A Constituição de 1988 recepcionou o princípio da igualdade na sua dupla acepção, e por meio dele autoriza e requer a promoção de políticas públicas baseadas em ações afirmativas. Admitida a sua "constitucionalidade em geral", discute-se a delimitação do seu alcance e dos parâmetros jurídico-normativos para a sua apreciação judicial e para a fundamentação e verificação intersubjetiva dos mecanismos adequados para o seu controle - no âmbito do princípio substancial do devido processo legal e sob a perspectiva de estruturas normativas específicas, aqui denominadas por "postulados normativos de aplicação".

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

ABSTRACT

The modern national State had its conditional evolution for the peculiar development of the productive forces and the social relations of production globally articulated in the scope of a world-wide market in continuous expansion. In the condition of super structural element its legal evolution and politics knew multiple faces (national-absolutist State; liberal-individualist; liberal-democratic; social; bureaucratic; social of right; *neoliberal*) corresponding to the necessary adaptations of the institutional plan to the deriving demands of the economic infrastructure in permanent transmutation. Evolution that forced a gradual magnifying of the process of democratization of the institutions and claims of equality nature as estimated of its legitimation politics. The Democratic Social State of Right that emerged 2a. after World-wide War was what better it conciliated economic development with legitimation social politics and - of that the jurisdictional and doctrinal experience of the German Constitution of Bonn (1949) and of the Portuguese Constitution of 1976 was expression decurrent that they had influenced the Letter of 1988. This, in spite of the structural limitations that condition the politically emancipatories forms legal and in a country of the periphery in the way of capitalist production, propitiated advances notables to the segments most fragile of the national society. These advances had elapsed of the entailing of being able them state to the public politics guided for the reduction of all the inequality forms - "leading constitutionalism". Practical equalities, as manifestation of a justice politics by means of which if it inhales to legitimize one given conception of stability, had been a constant since the formation of polishes Greek. In the seminal thought of Plato and Aristotle some parameters meet general of what we characterize as a "normative theory of justice (politics) as equality". Such elements emerge with great force in the bulge modern jusphilosophic thought, in special next to "the contractualist" tradition - epistemic center of what it became known for "constitutionalism". In it, presence of the "principle of the equality" is identified to it as one of the nuclear elements of the modern dogmatic of the basic rights, in the contribution of authors as Hobbes, Locke, Rousseau and Kant. To hard the critical one raised against certain aspects of its formularizations for the marxist tradition, a vigorous one retaken of this tradition in the second half of century XX for John Rawls was followed. Its theory of justice as equity, retakes in a superior level of consideration the formularizations of the classic contractualists, supplying to supplemental elements the understanding and recital of new modalities of state intervention, in the form of public politics frequently called by "affirmative actions". These if had revealed of more incisive form in the interior of the North American society, as unfolding of the ample movement for the defense of the civil laws and the recognition for practical the Judiciary Power of the unconstitutionality of institutional of segregationist character. But the "equal protection of law" left clear its insufficience in relation to the correction of practical decurrent distortions of past, demanding "equality through the law". It was transited of the formal equality (isonomy) for substantial the material equality (equality of chances). The Constitution of 1988 received the principle of the equality in its double meaning, and by means of it authorizes and it requires the promotion of based public politics in affirmative actions. Admitted its "constitutionality in general", it is argued delimitation of its reach and the legal-normative parameters for its judicial appreciation and the recital and inter subjective verification of the mechanisms adjusted for its control - in the scope of the substantial principle of due process of law and under the perspective of specific normative structures, called here for "normative postulates of application".

KEY-WORDS: Democratic Social State of Right. Principle of the Equality. Affirmative actions. Substantial justice. Legitimacy Politics.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO:..... 01

PRIMEIRA PARTE: O ESTADO MODERNO – ORIGENS E EVOLUÇÃO**.....13**

***Capítulo 1º: As múltiplas faces da estatalidade ocidental:*.....16**
1.1 O Estado nacional-absolutista**.....17**
1.2 O Estado liberal-individualista**.....21**
1.3 O Estado liberal-democrático**.....30**
1.4 O Estado social**.....39**
1.5 O Estado Democrático Social de Direito**.....46**
1.6 Crise e esgotamento do Estado moderno**.....50**

***Capítulo 2º: O Estado Democrático Social de Direito: contexto histórico e modos de instituição jurídico-normativo:*.....58**

2.1 Inglaterra: o consenso do pós-guerra e o Relatório Beveridge**.....60**
2.2 EUA: ativismo judicial e tutela dos direitos fundamentais**.....64**
2.3 Alemanha: a Constituição de Bonn e a positivação do Estado Democrático Social de Direito**.....71**
2.4 Portugal: o princípio da socialidade e o regime dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito da Constituição de 1976**.....92**

***Capítulo 3º: O Estado Democrático Social de Direito no contexto do capitalismo periférico e sua relação com o princípio da igualdade:*.....116**

3.1 Poder político oligárquico e Estado patrimonial: as fontes institucionais da desigualdade **.....118**
3.2 O nacional-desenvolvimentismo e os fundamentos políticos e econômicos do Estado social brasileiro **.....132**
3.3 Limites e ambigüidades do Estado social brasileiro e a Constituição de 1988 **.....146**
3.4 As ações afirmativas como efetivação do preceito fundamental da igualdade perante o Estado Democrático Social de Direito **.....152**

SEGUNDA PARTE: A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ÂMBITO DE UMA TEORIA NORMATIVA DA JUSTIÇA – UMA ABORDAGEM JUSFILOSÓFICA.

Capítulo 1º: Fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos do pensamento ocidental:

1.1 A idéia de igualdade como objeto recorrente no interior do pensamento político-jurídico ocidental **.....165**
1.2 A idéia de igualdade na constituição da *Polis* grega **.....167**
1.3 As idéias de igualdade e de justiça em Platão **.....174**
1.4 As múltiplas possibilidades do conceito de justiça em Aristóteles e sua relação com o conceito de igualdade **.....180**

Capítulo 2º: O pensamento jurídico-político contratualista - o princípio da igualdade como núcleo da dogmática dos direitos fundamentais e o constitucionalismo moderno:

2.1 A igualdade como condição de existência e superação do estado de natureza em Thomas Hobbes **.....194**
2.2 A igualdade humana perante a faculdade da razão como fundamento para a igualdade jurídico-formal em Locke **.....204**
2.3 A crítica de Rousseau à concepção jurídico-formal do princípio igualdade em Locke e a defesa de sua concepção material **.....215**
2.4 A igualdade como condição para a liberdade individual no âmbito da autonomia da vontade em Kant **.....227**

Capítulo 3º: Crítica e retomada da tradição contratualista:

3.1 Fundamentos estruturais da produção da desigualdade - crítica à divisão social do trabalho em Marx **.....237**
3.2 Uma teoria (normativa) da justiça como eqüidade em John Rawls – fundamentos para um neocontratualismo **.....259**

TERCEIRA PARTE: AÇÕES AFIRMATIVAS E ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO.....**313**

Capítulo 1º: Fundamentos teóricos e conceituais relativos ao objeto pesquisado:

1.1 Em busca de uma definição para ação afirmativa **316**
1.2 A crise do Estado liberal e a insuficiência do princípio (formal) da igualdade *perante a lei* **321**
1.3 O Estado Democrático Social de Direito e a consagração do princípio (material/substancial) da igualdade *através da lei* **325**
1.4 Tipos de discriminação e modalidades de ações afirmativas **328**

Capítulo 2º: Evolução histórica do conceito e das práticas baseadas em ação afirmativa:

2.1 Peculiaridades da formação histórico-social dos EUA **338**
2.2 Ação afirmativa perante os poderes estatais nos EUA **343**
2.3 Ações afirmativas perante a Suprema Corte dos EUA **349**
2.4 Ação afirmativa no âmbito da ordem jurídica internacional **364**

Capítulo 3º: Ação Afirmativa no âmbito de um Estado Democrático Social de Direito: **377**

3.1 Fundamentos teórico-filosóficos para a instituição de uma sociedade bem-ordenada **379**
3.2 Do assistencialismo ao igualitarismo **387**
3.3 Peculiaridades da formação histórico-social brasileira: a questão da "identidade nacional" **390**
3.4 Ação afirmativa no contexto de uma sociedade pós-Industrial e pós-moderna: o fenômeno do multiculturalismo **399**
3.5 Caracterização da ordem jurídica brasileira (inaugurada com a CF/88) como Estado Democrático Social de Direito **408**

Capítulo 4º: Fundamentos constitucionais para o estabelecimento de ações afirmativas no âmbito da ordem jurídica brasileira: **415**

4.1 Reflexividade constitucional: o que pode significar uma "constituição analítica" **419**
4.2 O novo significado, conteúdo e alcance do princípio da igualdade no contexto da Constituição de 1988 .....**425**
4.3 As normas instituidoras de Ações Afirmativas como direito fundamental **429**
4.4 Normas jurídico-constitucionais instituidoras de ações afirmativas **432**
4.5 Algumas normas infraconstitucionais instituidoras de ações afirmativas **441**

Capítulo 5º: Parâmetros normativos para o controle da constitucionalidade de políticas públicas promotoras de ações afirmativas:**.....448**

5.1 O "direito subjetivo" no âmbito do "direito de incidência coletiva" atribuída à tutela prestada em face de ação afirmativa e parâmetros para o seu controle judicial **.....451**
5.2 A inexistência de direitos ou princípios absolutos no âmbito do sistema constitucional **.....461**
5.3 A natureza ambígua ou "bifronte" do princípio da igualdade **.....464**
5.4 Contribuições à teoria da norma jurídica **.....465**
5.5 O advento dos "postulados normativos de aplicação" **.....473**
5.6 Proposta para uma nova tipologia para os princípios constitucionais: "preceitos fundamentais" e "postulados normativos de aplicação" **.....482**
5.7 Postulados normativos de aplicação como instrumentos adequados para a estruturação, aplicação e controle de políticas públicas promotoras de ações afirmativas**.....486**
5.8 Estatuto da Igualdade Racial e autoclassificação compulsória: uma breve análise **.....499**

CONSIDERAÇÕES FINAIS 506

CONCLUSÕES 523

BIBLIOGRAFIA 558

INTRODUÇÃO:

Este trabalho procurou estruturar uma reflexão em torno de três idéias básicas: justiça, igualdade e legitimidade. Ao serem vergadas na forma de conceitos, constituímos em torno deles um eixo teórico, cronologicamente disposto, no âmbito do qual buscamos integrar os temas da estatalidade e da comunidade política. Ou seja, justiça, igualdade e legitimidade são tomadas como as vigas-mestras de um edifício que possui a "comunidade política" nos seus fundamentos e o Estado como sua cobertura. São parâmetros instituídos pela experiência e pelo direito, por meio dos quais a sociedade media a sua relação com a entidade estatal no seu sentido mais imediato. Constituem-se também como parâmetros de julgamento, de forma que, quando a performance estatal deixa de corresponder, positivamente, ao juízo que a comunidade política deles possui em um determinado contexto histórico, a cobertura vem abaixo, desmorona. E uma outra concepção de Estado, capaz de responder às novas expectativas concretamente postas, terá que ser edificado. Tais idéias funcionam, especialmente no plano do imaginário social do ocidente, como miragens benfazejas, cuja virtualidade deixa de ter importância, diante da graça que nos propicia ao nos estimular a caminhar. Estas idéias elementares apresentam-se entrelaçadas no plano político-social - a igualdade como realização da justiça apresenta-se como fundamento de legitimação para uma dada ordem estatal.

Procuramos estruturar a dissertação em três diferentes partes, articuladas entre si. Na primeira parte, buscamos compreender e apontar as conseqüências de natureza jurídica, política, econômica e sócio-cultural suscitadas pela evolução histórica do Estado moderno. Na segunda parte, analisamos a evolução do princípio da igualdade em sua articulação com os demais conceitos acima referidos no bojo do pensamento político-filosófico ocidental, tomando como referência alguns dos seus personagens mais destacados. E por fim, na terceira parte, buscamos descrever e avaliar a forma pela qual, uma concepção jurídico-política específica no âmbito da estatalidade contemporânea (Estado Democrático Social de Direito), procura legitimar-se através de uma justiça política igualitária promovendo políticas públicas fundamentadas em "ações afirmativas".

Ao longo da primeira parte de nossa dissertação nos dedicamos à análise da evolução do Estado nacional moderno. Partindo-se do momento em que se deu a desestruturação do mundo medieval e o surgimento da primeira de suas formas de manifestação jurídico-política: o Estado nacional-absolutista. Procuramos então, apontar a sua evolução como decorrente do desenvolvimento contraditório das forças produtivas e das relações sociais de produção, que em seu fluxo contínuo e dialético, retoma permanentemente de forma crítica, a idéia de igualdade, forçando uma evolução no plano da superestrutura jurídico-ideológica, da própria concepção de Estado. Dessa forma, sob o imperativo da luta de classes, diversas concepções jurídico-políticas de Estado foram se sucedendo. Ao Estado nacional-absolutista sobreveio o Estado liberal-individualista. Depois, o Estado liberal-democrático, que foi ultrapassado pelo Estado social. E este, viu-se superado pelo Estado democrático social de direito. Procuramos demonstrar nessa primeira parte, a maneira pela qual a "idéia de igualdade" transformou-se em um princípio jurídico normativo com *status* constitucional. E uma vez atingido esse patamar, como ele transitou de uma concepção meramente "formal" (Estado liberal), para outra que incorporou, inicialmente, uma dimensão "material" e "universalista" (Estado social) e, posteriormente, ampliou-se ainda mais em uma concepção "substancial" e "objetiva" (Estado Democrático Social de Direito).

Ao chegarmos a esse ponto, procuramos descrever a forma pela qual se deu a instituição deste Estado Democrático Social de Direito no contexto de algumas experiências históricas objetivamente consideradas. Tratamos então da sua instituição jurídica e normativa após a 2ª. Guerra Mundial, tomando como referência a experiência britânica, norte-americana, alemã e portuguesa. Procuramos descrever e analisar não apenas as peculiaridades históricas que marcaram a introdução dessa concepção jurídico-política estatal nestes países. Mas, sobretudo, no caso da experiência alemã e portuguesa, a interpretação de todo um campo conceitual referente à tutela dos direitos fundamentais e ao próprio "conceito de Constituição" que foi posteriormente transposto para a realidade brasileira através da Constituição Federal de 1988. Em seguida, procuramos descrever sua evolução política e normativa na seara internacional.

Ainda nesta primeira parte, procuramos avaliar a evolução da estatalidade brasileira. Priorizamos a descrição do seu sistema político, apontando sua natureza oligárquica, autoritária e excludente. Na qual, como se não bastasse o fato de durante quatro quintos de sua existência, estruturar-se sobre um regime escravocrata e patriarcal, ainda produziu uma dinâmica política baseada na apropriação privada do patrimônio público. Uma máquina política e administrativa geradora de desigualdade. Procuramos apontar a forma confusa e contraditória pela qual tal estrutura começou a ser questionada e parcialmente modificada, na esteira do populismo que viabilizou o processo de industrialização e que, para tanto, lançou as bases do Estado social no Brasil. Acompanhamos também as contradições e ambigüidades que caracterizaram entre nós esta concepção jurídico-política de Estado, bem como, os elementos que apontaram o seu esgotamento e a necessidade de ultrapassá-lo. Como procuraremos demonstrar, buscou-se tal desiderato por meio de uma nova ordem constitucional, ela própria, expressão de uma nova concepção de normatividade constitucional ("Constituição dirigente"). Por seu intermédio buscou-se romper, através do direito, com os impasses legados pelo nosso passado, para enfim, podermos avançar na busca por uma sociedade (efetivamente) justa e igualitária.

Já na segunda parte desse nosso estudo, buscamos reconstruir a concepção de igualdade que foi se desenvolvendo ao longo da evolução do pensamento político-filosófico ocidental. Nestes termos, partimos da reflexão, não em torno do princípio jurídico-normativo, mas da própria "idéia de igualdade" nos primórdios do mundo grego, no momento em que se iniciou a transição de um pensamento de natureza mítico-religiosa para um pensamento racional-filosófico. Em seguida, discutiu-se o tratamento dado à igualdade no bojo da constituição da Cidade-Estado (*polis*), quando a idéia de igualdade, pela primeira vez, recebeu um tratamento jurídico-político em torno dos conceitos de "*isonomia*" e de "*isegoria*". Estabelecidos estes postulados de natureza histórica, buscou-se revisitar o tratamento dado ao tema, tanto pelo idealismo platônico, quanto pelo empirismo aristotélico. Na obra destes autores seminais, tais questões são pensadas como prescrições éticas, endereçadas aos homens de Estado. Buscam a configuração de um plano teleológico, no qual o perfil da legitimação obtida pode espelhar-se tanto pelo "mérito", ditado

pelas revelações da razão (Platão), quanto pelo “eudemonismo”, revelado pela força das contingências (Aristóteles).

A partir desse ponto, a reflexão em torno do princípio da igualdade passou a ser articulada em torno de uma “teoria normativa (geral) da justiça como igualdade” – tendo a concepção aristotélica das justiças distributiva ou substancial e da justiça comutativa ou corretiva se constituído em verdadeiro paradigma para as reflexões posteriores em torno do tema. Tal teoria, ao analisar as relações entre Estado e comunidade política, os vínculos que ligam estas duas entidades, aponta o desenvolvimento de uma demanda crescente por igualdade como resultado da concretização de um ideal de justiça política, como fundamento de legitimidade para a autoridade estatal.

Fixados os postulados em torno dos conceitos de “igualdade” e de “justiça” (ou de justiça como realização da igualdade) no âmbito do pensamento clássico grego, passou-se para a análise da sua retomada já nos primórdios da modernidade ocidental, dando-se destaque para as formulações que se desenvolveram em torno da chamada filosofia “contratualista”. Ao analisá-la, buscou-se refletir sobre como ela tratou a questão da igualdade articulando-a com os temas centrais dessa corrente de pensamento, como os conceitos de estado de natureza, propriedade privada, contrato social e direito de resistência ou rebelião. Por constituir-se tal corrente de pensamento, no fundamento filosófico do próprio constitucionalismo moderno, procuramos dar a ela um tratamento mais elaborado, visitando pontualmente o pensamento de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jaques Rousseau e Immanuel Kant.

Em seguida, apresentamos a crítica de Marx (e com ele a contribuição de Engels) aos postulados da tradição contratualista moderna. Procurando retirar-lhe o manto idealista por intermédio de uma fundamentação lastreada nas premissas do materialismo histórico, apontou-se aquilo que aqui denominamos como “fundamentos estruturais da produção da desigualdade” – expresso na crítica à divisão social do trabalho. A via revolucionária foi estabelecida como instrumento de sua superação e, a apropriação coletiva dos meios de produção, como o objetivo a ser alcançado para o assentamento definitivo dos pilares de uma sociedade na qual a justiça se realiza como igualdade político-econômica.

Por fim, apresentamos as referências conceituais mais gerais da teoria da justiça como eqüidade desenvolvida por John Rawls. Nela, observamos uma resposta teórica e política contra certas premissas da filosofia utilitarista, no âmbito de uma retomada vigorosa da tradição contratualista. Também podemos notar a assimilação de parte substancial da crítica marxista no que diz respeito à necessidade de se abandonar uma consideração puramente jurídico-formal sobre a igualdade, ultrapassando-a na busca dos elementos necessários para a sua concretização em um plano material. Diferentemente de Marx, que imagina este objetivo no interior de um amplo processo de transformação revolucionária da sociedade, guiada pela práxis política de um sujeito histórico específico (o proletariado industrial moderno), Rawls concebe a busca pela realização de novos parâmetros para a igualdade material/substancial no interior de uma teoria normativa da justiça.

Para tanto desenvolve todo um arsenal conceitual (recorrendo com freqüência a expedientes comumente praticados pelo "intuicionismo filosófico" que critica parcialmente) que procuramos apresentar em sua forma mais geral, com destaque para aqueles conceitos e paradigmas que nos interessam mais diretamente no desenvolvimento da presente dissertação.

Neste itinerário, percebe-se nas entrelinhas do seu discurso, uma crítica velada a uma concepção de legitimidade que provavelmente possui suas origens em Rousseau e Kant, tendo sido retomada por Weber e, mais recentemente por Habermas,[1] na qual se concebe o processo de legitimação estatal a partir de um postulado essencialmente procedimental. Em Rawls, o procedimento, iniciado pela eleição dos dois princípios de justiça, no âmbito de uma situação inicial eqüitativa, sob o "véu da ignorância", possui o sentido de revelação dos fundamentos de uma justiça política substantiva, na qual a legitimação reside na concretização dos seus postulados. E não na simples observância do seu procedimento e dos parâmetros de racionalidade política (normalmente dispostos pela via democrática e legislativa) que ele introduz.

O que buscamos apontar nessa segunda parte de nosso trabalho foi a presença recorrente da idéia de igualdade política e econômico-social como

[1] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

parâmetro e fundamento de “legitimidade” para o assentimento do poder estatal ao longo da evolução histórica do ocidente. Tal parâmetro nasceu com a própria polis, e foi sendo progressivamente aperfeiçoado, realizando-se em um grau cada vez mais profundo e em um plano cada vez mais universal. Nestes termos, não obstante a permanente evolução do seu sentido, visto que, igualdade e justiça foram compreendidas de maneira diversa ao longo do transcurso histórico, a sua realização, ao menos em sentido tendencial, parece ter se colocado como fundamento para um consenso mínimo em torno da legitimidade da autoridade estatal.

> “Quanto à legitimidade – no seu significado genérico, tem aproximação com o sentido de justiça ou de racionalidade, algo justificado pelo entendimento (legitimidade de uma decisão, uma atitude, por exemplo) e é no contexto político que aparece seu significado específico: legitimidade representa um atributo do Estado, consistindo na verificação de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem necessidade da imposição, exceto em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão.”[2]

E por fim, na terceira parte deste trabalho, procuramos desenvolver um dos instrumentos mais importantes dentre aqueles autorizados pela ordem jurídico-constitucional de 1988, para se tentar atingir essa finalidade no interior da nossa sociedade: as chamadas “ações afirmativas”. A partir da definição do seu conceito, origem e objetivos buscaremos apresentar sua relação com as concepções formais e materiais/substanciais de igualdade, bem como, o seu significado político no âmbito de um Estado Democrático Social de Direito.

Em seguida, abordamos a evolução específica do processo pelo qual as ações afirmativas foram implementadas no contexto da sociedade norte-americana, no interior da qual, foram objeto de uma ampla reflexão política, jurídica e filosófica. Analisaremos sua concepção e introdução com base na recuperação de algumas peculiaridades que marcaram o processo histórico de constituição da nação norte-americana. Como por exemplo, a sociedade dual que resultou de um processo de colonização em boa parte estruturado sob o

---

[2] GARCIA, Maria. **Desobediência Civil – direito fundamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

trabalho escravo, bem como, a resistência observada na assimilação de outras comunidades ao longo do processo de imigração que viabilizou a industrialização do país. Também analisamos o tratamento ambíguo dispensado pela Suprema Corte ao princípio da igualdade ao longo de sua evolução histórica, e o envolvimento decisivo da sociedade civil e, mais adiante, de todos os poderes estatais para pôr-se fim ao regime de segregação que se instituiu no país após o fim da escravidão. Abordamos também neste ponto, a assimilação das ações afirmativas no âmbito da ordem jurídica internacional, como forma objetiva de tutela dos direitos humanos referentes a coletividades especificamente designadas.

Retornando em seguida, novamente aos postulados do Estado Democrático Social de Direito, verificamos de que maneira as ações afirmativas podem ser justificadas como inerentes à sua própria natureza histórica e à concepção jurídico-política referendadas na busca daquilo que Rawls denominou por uma “sociedade bem-ordenada”. Neste momento, buscamos apontar ainda uma das especificidades que distinguem esta modalidade estatal daquela que mais imediatamente o antecedeu (o Estado social). Tal distinção residiria não apenas na forma de sua institucionalização, que diferentemente do que se deu com o Estado social, só se admite pela via democrática. Mas também pela ultrapassagem de uma concepção de igualdade material fundada em critérios exclusivamente universalistas, de cunho eminentemente assistencial, rumo a uma nova abordagem na qual as políticas públicas passam a ser guiadas pelo “princípio da seletividade”.

Não se busca mais apenas o indivíduo genérico, abstratamente considerado, mas aqueles vinculados a determinados grupos ou coletividades objetos de processos de marginalização, discriminação, estigmatização, vulnerabilidade ou hipossuficiência, objetivamente considerados. Não se buscam mais apenas elevar quantitativamente a sua condição econômica ou o atendimento de alguns serviços elementares como educação e saúde. Mas proporcionar-lhes os meios específicos e necessários que promovam a redução das desigualdades observadas entre eles e os demais grupos até então privilegiados no âmbito de uma determinada sociedade. Busca-se então por meio de políticas públicas específicas (ações afirmativas) oferecerem-lhes condições para disputarem em igualdade de condições e de oportunidades a

aquisição de determinados bens e o acesso às funções de maior prestígio e reconhecimento naquele meio social específico. Tudo isso, levando-se em consideração as novas demandas estabelecidas em uma sociedade que inicia uma transição em âmbito global de uma estrutura produtiva industrial para o que se vêm denominando por "pós-industrialismo" ou simplesmente "sociedade informacional".[3] No seu interior, com o desdobramento destas transformações econômicas e tecnológicas, assistiríamos também ao advento da pós-modernidade,[4] e a uma re-composição das identidades coletivas em torno do fenômeno do multiculturalismo.[5]

Mais adiante, discutiremos os diversos elementos relacionados à realização do Estado Democrático Social de Direito em uma sociedade como a brasileira, dadas as suas peculiaridades e nuances. Neste ponto, um destaque especial foi dado à formação sócio-cultural do nosso país, e no seu interior, à questão da miscigenação e da própria identidade nacional. Procurou-se demonstrar a natureza ambígua destas questões, sobretudo, da miscigenação. Esta, se por um aspecto impediu entre nós o desenvolvimento de formas mais agressivas de racismo e segregação, contribuiu também para diluir a consciência política e social sobre o problema do preconceito e da marginalização da população afro-descendente. Dificultou-se assim a elaboração de mecanismos institucionais aptos para promover a sua efetiva integração, para remover-se o estigma que a acompanha em razão dos ecos da escravidão, e a efetivação de políticas públicas de cunho compensatório e/ou reparatório para os indivíduos a ela associados.

Feito isso, passaremos a uma avaliação dos fundamentos normativo-constitucionais que autorizam e requerem a promoção de políticas públicas baseadas em ações afirmativas, no âmbito da ordem jurídico-constitucional criada pela Constituição Federal de 1988. Reconhecido o seu *status* de direito fundamental, procuramos definir o seu conteúdo e alcance em face da recepção renovada conferida pela Constituição Federal ao princípio da igualdade – agora expressamente admitido em sua dupla dimensão: formal e material/substancial. Como desdobramento dessa abordagem, comentaremos

[3] CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
[4] ANDERSON, Perry. **As Origens da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
[5] SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru, SP: Edusc, 1999.

também alguns aspectos referentes a determinadas normas infraconstitucionais instituidoras de ações afirmativas.

No último capítulo da terceira parte de nossa dissertação, procuramos delinear os parâmetros normativos que, em nossa opinião, deveriam ser observados para efeitos de controle de constitucionalidade de políticas públicas promotoras de ações afirmativas. Isto porque, ainda que reconhecida à constitucionalidade em tese ou em abstrato desta modalidade de política pública, a sua implementação pela via legislativa ou administrativa pode implicar na lesão a direitos fundamentais da natureza coletiva ou individual.

Nesse sentido, entendemos de extrema importância à distinção entre os conceitos de "direito subjetivo" e de "legítimo interesse" no âmbito dos chamados "direitos de incidência coletiva". Tal diferenciação pode se mostrar útil quando da avaliação judicial atribuída em razão de determinada tutela prestada em face do questionamento de alguma política pública baseada em ações afirmativas. Seguindo neste particular as orientações propostas por Gordillo,[6] podemos evitar alguns equívocos que, acaso não desatados, podem comprometer a viabilização material deste aspecto do nosso programa constitucional. Ademais, eventual excesso praticado pelo legislador ou pelo administrador na implantação dessas políticas públicas, deverá ser avaliada pelo Poder Judiciário com base nos pressupostos estabelecidos pelo principio substancial do devido processo legal (*substantive due process*).

Procuramos ressaltar também a possibilidade de colisão entre dispositivos constitucionais que autorizam e requerem políticas públicas baseadas em ações afirmativas com outros direitos fundamentais previstos na Constituição. Neste sentido, entendemos ser importante frisar que, no âmbito de um "sistema constitucional", não existem "direitos absolutos", e a colisão entre eles deverá ser resolvida no plano da "eficácia" – e não no plano da "validade". Nestes termos, a solução será necessariamente tópica, arbitrando-se eventuais colisões com base nos postulados da harmonização, da proibição de excesso, e do dever de concordância prática.

Dada a natureza essencialmente principiológica das normas constitucionais que autorizam e requerem a promoção de ações afirmativas,

---

[6] GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo – la defensa del usuário y del adminsitrado (Tomo 2)**. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

entendemos necessária uma breve recuperação histórica acerca do seu papel e alcance no interior da teoria geral da norma jurídica. Nesta recuperação, nos interessou essencialmente a questão referente ao grau de normatividade conferido pelo ordenamento jurídico aos princípios constitucionais. Depois de recuperarmos o entendimento que deles se teve no âmbito da tradição jusnaturalista e do positivismo clássico, chegamos à sua compreensão contemporânea, nos marcos daquilo que vem sendo chamado de "normativismo por princípios" ou simplesmente "pós-positivismo".

Neste ponto, abrimos espaço para novas concepções que, recentemente, criticaram alguns aspectos conceituais no interior desse campo teórico, apontando a insuficiência ou impertinência de algumas idéias e distinções hoje assentes na doutrina majoritária.[7] Neste plano, ressaltamos a pertinência heurística representada pelo conceito de "postulados normativos aplicativos", denominados também por "metanormas" ou "normas de 2º., grau" - segundo alguns daqueles que as defendem. Mesmo não concordando com a sua localização em um plano paralelo ou subordinado ao das normas em geral, como o fez Humberto Ávila, entendemos de extrema pertinência a utilização dessa modalidade normativa, que não se presta à aplicação ao mundo dos fatos, mas à interpretação e aplicação de outras normas. Em nossa opinião, sua utilidade no bojo de um controle de constitucionalidade efetuado a partir do plano fixado pelo principio substancial do devido processo legal – como em regra se dará com a avaliação jurisdicional das políticas públicas que instituem ações afirmativas – mostra-se evidente.

No entanto, propomos a sua localização no interior da teoria da norma jurídica hoje dominante, na qual se compreende o termo "norma" como gênero, no âmbito da qual identificamos duas "espécies": as regras e os princípios. Conforme buscamos fundamentar, em nossa opinião, os postulados normativos de aplicação deveriam ser concebidos como uma modalidade (subespécie) da espécie normativa "princípios". Ao seu lado, também como uma subespécie, teríamos os "preceitos fundamentais" decorrentes da Constituição.

Após apresentar as características tipológicas e normativas dos "postulados", buscamos demonstrar a sua forma de aplicação e os resultados

[7] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

que deles podemos esperar quando de sua utilização como parâmetros normativos em procedimentos judiciais por meio dos quais se busque avaliar eventuais inconstitucionalidades na promoção de políticas públicas promotoras de ações afirmativas. Neste sentido, de grande relevância nos pareceram à diferenciação entre postulados normativos “inespecíficos” (como o seriam os postulados da harmonização, concordância prática e da proibição de excesso), e os postulados normativos “específicos” (como o seriam os postulados da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade). Estes últimos requereriam um complexo arranjo e estruturação entre os termos que internamente regulam a sua aplicação aos casos concretos, de forma a reduzir o grau de aleatoriedade e subjetivismo que normalmente acompanha a sua utilização pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência em nosso país. Com isso, aumentar-se-ia o grau de controle e de verificação intersubjetiva do conteúdo das decisões, reduzindo-se a perplexidade gerada por decisões contraditórias tomadas com base nos mesmos pressupostos, ampliando-se à previsibilidade das decisões e a segurança jurídica.

Ao final, analisando topicamente um dos mais polêmicos projetos legislativos por meio dos quais se tenciona instituir entre nós políticas públicas baseadas em ações afirmativas, o projeto de lei n. 3.198/00, conhecido como Estatuto da Igualdade Racial, discutimos alguns aspectos que nele entendemos interessantes e pertinentes. Ao mesmo tempo em que efetuamos uma crítica pontual a alguns dos seus dispositivos – como, por exemplo, aquele que institui uma autoclassificação racial compulsória como pré-requisito para o gozo de alguns direitos fundamentais instituídos diretamente pela Constituição. O que em nossa opinião, é de duvidosa constitucionalidade.

No tópico referente às considerações finais, realizamos um breve balanço sobre a promoção de ações afirmativas no âmbito recente da sociedade brasileira. Ressaltamos o significativo avanço no campo da tutela a deficientes físicos, crianças, idosos e, até mesmo, dos direitos da mulher – ao mesmo tempo em que registramos uma maior dificuldade e resistência (por parte da própria sociedade) quando o programa envolve aspectos ligados à questão étnico-racial. Refutamos o argumento daqueles que se utilizam da referência à natureza miscigenada da população brasileira como obstáculo à promoção de ações afirmativas. E também o argumento daqueles que,

inconformados com os efeitos adversos que a “ideologia da miscigenação” estabelece para a consolidação de uma identidade cultural afro-descendente no país, propõe uma espécie de “racialização” do espaço público, sugerindo a eliminação para efeitos de registros públicos, de categorias raciais intermediárias entre “branco” e “negro”. Buscou-se enfrentar aí também as questões referentes à produção e disseminação do preconceito e do estigma através da linguagem, bem como, os eventuais excessos que surgiram em torno do fenômeno que ficou conhecido pela expressão “politicamente correto”.

PRIMEIRA PARTE:
O ESTADO MODERNO – ORIGENS E EVOLUÇÃO.

No curso de nossas investigações, percebemos que ao longo da evolução histórica do fenômeno estatal do ocidente, nestes últimos vinte e cinco séculos, ocorreu em face dele, no âmbito sócio-cultural, uma demanda progressiva por igualdade. Esse movimento pode ser observado da *Polis* grega à "constelação pós-nacional"[8] que se avizinha com experiências como a da União Européia (UE).

E foi em razão de tal clamor que vários autores ao longo desse processo histórico (como iremos expor com mais detalhes na segunda parte desse trabalho) se puseram a "refletir" e a "teorizar", tanto sobre o significado político e o conceito normativo de igualdade e de justiça, como sobre a necessidade e a melhor maneira de realizá-los. E pela leitura e interpretação de nossos "clássicos", nos foi possível compreender a evolução do entendimento sobre a igualdade e a justiça na medida em que correlacionamos tal desenvolvimento com a evolução político-social expressa por distintas e sucessivas concepções estatais. Do "igualitarismo meritocrático" de Platão até o "igualitarismo como expressão de eqüidade" em Rawls, a demanda por justiça e (como) igualdade, fundamenta e legitima a constituição, desenvolvimento e permanência de formas variadas de organização estatal.

Em nossa opinião, a evolução histórica do Estado no ocidente, não decorre de um movimento espontâneo ou auto-referenciado, nos moldes de um sistema "autopoiético" – ainda que, enquanto "totalidade concreta" (no sentido hegeliano de "síntese de múltiplas determinações"[9]), possamos até admitir a existência de micro-sistemas em seu interior, como "parte" que se relaciona contraditoriamente com "outras partes" e estas com o "todo".

---

[8] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
[9] HEGEL, G. W. F. **Introdução à História da Filosofia**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1980.

No entanto, mesmo pautados por uma interpretação dialética da história, nossa referência não se funda no idealismo hegeliano – mas nos materialismo histórico. Por isso, para nós, o processo de transformação histórica pelo qual o Estado ocidental passou nesses últimos séculos decorreu de formas específicas de desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais de produção. Na eterna luta contra a escassez, sob o império da necessidade, a organização da sociedade em classes antagônicas requer uma permanente re-adequação das instituições estatais enquanto instâncias de administração de conflitos, que como tais, carecem de legitimação política.

Mas gostaríamos de dizer que, diferentemente de outras concepções epistemológicas que também reivindicam o materialismo histórico (como parte da tradição marxista), não compreendemos o Estado como simples instrumento de dominação da classe social dominante/hegemônica, ou mero idealizador-realizador das chamadas “condições gerais de produção”. Para nós, o Estado constitui-se através uma multiplicidade de instâncias, por meio das quais, a sociedade procura arbitrar a sua natureza eminentemente conflitiva pela disputa e pela mediação entre distintos projetos de Poder. Em comum, a necessidade atribuída a todos eles de, independentemente de estarem a serviço de determinados grupos ou classes, apresentarem-se, nas condições historicamente dadas, como aptos a propiciar igualdade política e social no seu sentido mais amplo. O “quantum” de igualdade, e de sua aproximação ou afastamento em relação a um determinado ideal de justiça, dependerá das circunstâncias de cada contexto histórico em particular.

Nessa primeira parte do nosso estudo, procuraremos demonstrar de que modo à efetivação político-social do princípio (jurídico-normativo) da igualdade se coloca como fundamento de legitimidade para o Estado Democrático Social de Direito. Para tanto, temos por objetivo descrever, de forma sucinta, a evolução histórica do conceito de Estado Democrático Social de Direito (no interior de um contexto mais amplo, representando pelo desenvolvimento do Estado nacional moderno), com destaque para o seu compromisso particular com a efetividade dos direitos fundamentais.

Ao discutir a importância capital do princípio democrático para essa concepção de Estado (realizada de forma objetiva por meio do princípio majoritário), gostaríamos de frisar que em relação a este, se opõe de forma

especial, como contraponto, a tutela dos direitos fundamentais materializada no “princípio da defesa das minorias contra as maiorias circunstanciais”.

Em seguida, tencionamos promover uma análise referente à evolução dialética do princípio da igualdade no bojo dessa concepção de Estado, por meio da qual, passou-se de um entendimento meramente “formal” para outro de natureza “material” ou “substancial”.

Como desdobramento de tal reflexão não poderíamos deixar de fazer menção às dificuldades colocadas para a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito de uma sociedade situada na periferia do capitalismo global, com tudo o que isso significa em termos de obstrução à plena concretização do princípio da igualdade.

Entendemos oportuna à menção a certas peculiaridades históricas e políticas que fizeram coincidir o nosso “momento constituinte” com os “ecos” de processos correlatos (sobretudo na península ibérica) em países próximos à nossa tradição político-cultural. Isto influenciou o formato da Constituição Federal de 1988, que ao instituir entre nós pela primeira vez um Estado Democrático Social de Direito, o fez por intermédio daquilo que Canotilho[10] denominou por “constitucionalismo dirigente”. Com a implementação pelo constituinte originário desta concepção jurídico-constitucional específica, buscou-se a superação da crise de legitimidade que se fazia sentir em relação a um Estado autoritário e periférico no qual se acumulou e reprimiu, por séculos a fio, demandas sociais, políticas, econômicas e culturais, que agora cobravam um desenlace positivo.

E por último, apresentaremos as ações afirmativas como realização concreta do princípio da igualdade, em sua natureza material ou substancial, no âmbito de um constitucionalismo dirigente instituidor do Estado Democrático Social de Direito.

CAPÍTULO 1º: AS MULTIPLAS FACES DA ESTATALIDADE OCIDENTAL MODERNA.

No âmbito da modernidade ocidental, o conceito de Estado parece estar irremediavelmente determinado pela forma como se dá a sua adjetivação. Ou seja, o termo "Estado", de *per si*, não parece indicar muita coisa, até que a ela agregamos termos como: "nacional-absolutista", "liberal-individualista", "liberal-democrático", "social", "social de direito", "burocrático", "neoliberal."

Tal fenômeno decorre do fato de ser o Estado uma entidade em permanente transmutação, sendo esta por sua vez, determinada por uma plêiade de fatores de natureza econômica, política, social e cultural.[11] Ao relacionarmos contraditoriamente tais dimensões, que em seu conjunto formam uma só totalidade, na qual se compreende a *práxis* humana, buscaremos expor de forma sucinta a evolução do fenômeno estatal no contexto da modernidade ocidental.

Seguindo tal orientação, percebemos que o "Estado-Moderno" ou simplesmente o "Estado-Nacional", assim entendido em sentido genérico, como instituição encarregada pela sociedade de tratar do seu interesse comum, se constitui na transição do modo de produção feudal, em desintegração, para o modo de produção capitalista, sob o influxo de um movimento econômico que ficou conhecido como "mercantilismo". Ou seja, o Estado-moderno ("Estado-nacional") é um "gênero", em relação ao qual o Estado nacional-absolutista, o liberal-individualista, o liberal-democrático, o social, o social de direito, o

---

[10] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

[11] Na esteira da tradição marxista, acreditemos que o elemento econômico, de uma maneira geral, determina em "última instância" o sentido das transformações historicamente relevantes. No entanto, que fique clara nossa rejeição, no plano metodológico, a qualquer tipo de reducionismo economicista, razão pela qual, nossa investigação se orienta muito mais pela "relação" dialética entre diversas esferas nas quais se constrói a práxis social e coletiva (em evidente aproximação com algumas premissas legadas pelo pensamento estruturalista) do que pela busca de uma "essência determinadora". Portanto, a determinação em última instância do econômico resultará da maneira como esta esfera for atingida por demandas oriundas de outras dimensões da práxis social, em um movimento dialético (portanto, contraditório) que a todas envolve no âmbito relacional entre "todo" e "partes". E se ainda assim reconhecemos alguma proeminência à esfera econômica, isto decorre da velha máxima segundo a qual o desenvolvimento histórico se constitui na medida em que os homens, estabelecendo entre si uma certa divisão social do trabalho (relações de produção), constituem os meios necessários (forças produtivas) para a produção dos bens materiais imprescindíveis à sua sobrevivência - ou como dizia o velho Marx na Ideologia alemã: o que comer, o que vestir, onde morar.

burocrático, e o neoliberal, seriam espécies, conceitos destinados a salientar algumas características proeminentes que foram se destacando ao longo do tempo, em razão de certas características de sua evolução. São, portanto, modulações deste Estado-Moderno, que por sua vez, corresponde a distintas fases da evolução estatal sob o modo de produção capitalista.

1.1 - O Estado nacional-absolutista

Tratando-se especificamente do chamado Estado nacional-absolutista, sabemos que ele responde a um imperativo geral por “centralização”. A infraestrutura econômica feudal, marcada por uma profunda fragmentação no interior de unidades produtivas pautadas na busca pela auto-suficiência (produção sob o imperativo do “valor-de-uso”), opunha forte resistência ao pleno desenvolvimento das relações mercantis, fundamentadas na produção de um excedente para a troca no mercado (“valor-de-troca”). A fragmentação política representada pela autoridade local dos senhores feudais, desvinculados de qualquer vontade superior (a não ser em matéria eclesiástica, na qual se impunha até então a autoridade do Papado), lhes permitia uma ampla regulamentação das atividades econômicas em trânsito pelos seus domínios territoriais. Isto lhes permitia impor toda a sorte de tributação (pedágios, taxas, impostos), além de exigir a utilização da moeda por eles cunhada pelo câmbio do seu interesse.

A natureza patrimonial e de sangue do seu domínio político, não lhes obrigava a nenhuma forma de investimento em seus territórios de modo a melhorar o transito mercantil (estradas, comunicações, segurança, etc.). Termos em que, os recursos econômicos por ele retirados de circulação em função de sua ação tributária convertiam-se em mero entesouramento privado, amortecendo o dinamismo econômico induzido pela ação comercial.

Do ponto de vista social, a população mantinha-se presa a terra (servidão) e a todos os vínculos de natureza política e militar decorrentes de tal instituição, contribuindo para a manutenção de uma estrutura social estagnada em seus pressupostos estamentais, enclausurando a mentalidade do homem

do medievo em uma perspectiva ultra-provinciana. Para além desta marco, ele só podia contemplar algum lampejo mais cosmopolita, em torno das feiras que foram se constituindo ao largo das muralhas de suas cidadelas fortificadas – que aos poucos foram dando origem aos primeiros "burgos", verdadeiros núcleos de um futuro movimento de urbanização.

No entanto, aos "trancos e barrancos", a atividade mercantil foi se consolidando, inicialmente em torno das Cidades-Estado perfiladas ao longo da península italiana, precariamente articuladas em um eixo perpendicular a outras no noroeste europeu, em torno da Liga Hanseática. Mas logo, como pressentiu Maquiavel,[12] o poder dos *Dodges* e das grandes famílias comerciais se entregaria a infindáveis conflitos, sem que uma Cidade-Estado se apresentasse em condições de vencer de forma inquestionável às demais, e todas assim, contribuindo para a decadência em comum.

Foi nesta perspectiva que o mestre florentino se pôs a pensar nas novas condições para a ação política nesse mundo, também ele novo, que se avizinhava. Passou a buscar na própria realidade que então se constituía, e não em Deus, na natureza, ou na tradição, os elementos necessários para a construção de uma nova ordem política e social. E foi assim que, reconhecendo no espírito político dotado das qualidades da *"virtú"* e da *"fortuna"* os elementos necessários para uma liderança capaz de oferecer respostas aos problemas concretos desse novo momento, em especial, a unificação política da Itália, que passou a clamar pelo surgimento do "Príncipe".

A ele, caberia a missão centralizadora capaz de por fim às estruturas cambaleantes, mas ainda de pé, do velho feudalismo europeu e da perversão representada pelas Cidades-Estado mercantilistas. E se é certo que as lições de Maquiavel não se materializaram na prática política italiana do início do século XVI, o processo por ele previsto acabou por se concretizar nas regiões mais distantes do oeste europeu, entre os ibéricos, no contexto da chamada "reconquista", que pôs fim ao Califado Mouro na Europa. E nas demais sociedades premidas pelas possibilidades abertas pelas rotas comerciais do

[12] MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

atlântico (como ingleses, franceses e holandeses) inauguradas pouco antes pelos ibéricos.[13]

Uma vez constituído, tratou de por em marcha o seu projeto centralizador, unificando sobre a sua autoridade exclusiva a produção normativa, e a partir dela, impondo uma moeda comum e centralizando a arrecadação tributária sobre um território que deveria ser o mais amplo possível. Para a burguesia, esperava-se como contraponto à sua disposição de fornecer recursos para armar os exércitos que garantiriam a autoridade real, maior liberdade de comércio, com a redução dos custos outrora impostos pela fragmentação da jurisdição feudal. E também o re-investimento de parte dos recursos do tesouro nacional na infraestrutura elementar para se garantir as chamadas "condições gerais de comércio e produção". Ademais, o Estado nacional-absolutista, ao promover uma profunda centralização e unificação em seu âmbito interno, ampliava significativamente o espaço de locomoção e investimento para a burguesia, ao mesmo tempo em que, externamente, criava toda a sorte de barreiras com intuito protecionista frente à possível concorrência estrangeira.

Em pouco tempo, o Estado nacional-absolutista se tornou sócio da burguesia mercantil, tendo sido o elemento decisivo para a viabilização da expansão ultramarina, que rompeu os estreitos limites de um sistema mercantilista até então praticamente restrito à região mediterrânea. Passou-se à conformação dos padrões que caracterizariam um sistema mercantilista mundial, integrando pelo mercado, pela troca de mercadorias, todas as regiões do planeta.

Evidentemente, a ligação entre o monarca e a burguesia sempre foi uma união de conveniência. Interessava a ambos, reduzir e afastar a influência do clero e da nobreza. O monarca ganhava poder político de fato, e a burguesia

[13] De qualquer maneira, da vitória do Mestre de Avis, passando pela formação do Estado Espanhol, personalizada através da união dos príncipes Fernando e Isabel, até a consolidação do Estado nacional na Inglaterra com Elizabeth I, assistiu-se à implementação de uma aliança política, econômica e militar. Esta aliança se deu entre diversas Casas Reais Européias - até então, dotadas de autoridade meramente simbólica frente ao poder de fato dos Nobres e Clérigos - com uma nova classe social em ascensão: a burguesia. Foi esta "parceria" a grande responsável pela primeira forma de manifestação do Estado moderno – o Estado Nacional-Absolutista.

as garantias necessárias para a consolidação do seu poder econômico. No entanto, tal convivência foi sempre acompanhada de forte tensão.[14]

No entanto, logo tal equilíbrio se veria rompido. A dinâmica social liberada pelo capitalismo mercantil, que deixava de ser centrada em uma comunidade de origem, na reprodução da sociedade com base em estamentos, elegeria o indivíduo como o novo centro vital da atividade econômica.

E em pouco tempo, tal perspectiva questionaria os fundamentos ético-culturais sobre os quais havia se baseado o mundo do medievo, em especial a autoridade do Papado em questões de fé – dando origem à contestação protestante e ao recrudescimento de guerras civis por toda a Europa. Se sobre a fé católica estavam assentados os fundamentos de um mundo estático, baseado no privilégio, que tanto agradava ao clero e à nobreza; a fé protestante, sobretudo, aquela inspirada por Calvino e sua miragem a respeito da predestinação, do conteúdo moral do trabalho e a ligação direta entre o crente e o Criador já reivindicada por Lutero, aproximou a religião reformada da nova classe em ascensão. Tal ligação, logo levaria à configuração daquele que foi o primeiro de uma plêiade de direitos considerados "fundamentais" que redundaram em uma configuração particular para a história moderna: a liberdade de crença religiosa.[15]

---

[14] Na segunda parte desse estudo, ao abordamos o pensamento de Thomas Hobbes, procuraremos deixar claro que sua concepção acerca do "estado de natureza" como selvageria, luta do homem contra o homem, anarquia, não se referindo a um contexto histórico específico, localizado em um passado longínquo, referia-se basicamente à desestruturação do modo de produção feudal, com os *Landlord's* lutando entre si, em uma guerra civil interminável. Que sua concepção acerca do "contrato social", enquanto "pacto de submissão", tinha por objetivo exatamente garantir a autoridade suprema e inconteste do soberano, que deveria estar acima de todas as demais, absoluta, como condição necessária para se garantir a paz social e, alguma segurança jurídica. Em relação a essa última, estava inclusive excluída a propriedade privada, concebida como "direito natural", visto que, por só poder ser instituída e garantida a partir do Estado-Leviatã, poderia este dela dispor da forma que entendesse mais adequada ao interesse comum – não constituindo um direito, mas um privilégio. Mesmo sendo um inconteste representante da burguesia, Hobbes se via na necessidade de defender tais prerrogativas para o Soberano. Acreditava que sem elas, este não teria as condições necessárias para manter o tênue equilíbrio de forças entre a própria burguesia, a nobreza e o clero. No contexto do Estado nacional-absolutista, para Hobbes, assim como a sociedade em geral aceitou trocar sua liberdade por segurança, à burguesia convinha ceder suas ambições políticas pelas condições necessárias ao seu pleno desenvolvimento econômico – de resto defendida externamente pelo protecionismo estatal.

[15] Diferentemente da Magna Carta, tida por muitos como documento seminal do constitucionalismo por sua pretensão referente à limitação do poder do Soberano, mas que, de fato, favorecia apenas a uma pequena casta – a dos proprietários de terra. Já a liberdade religiosa será o primeiro direito reconhecido pela ordem jurídica local e internacional (Tratado de Westfália, 1648) com amplitude efetivamente universal, um direito cuja natureza é ao mesmo tempo coletiva e individual. Além da reforma protestante, um movimento anterior, conhecido por "renascimento", já havia tratado de iniciar uma ampla revisão do universo cultural europeu, retomando a tradição humanista legada pela Antigüidade, centrada na pessoa humana, e promovendo um amplo movimento de dessacralização da cultura.

Na Inglaterra, onde a polarização religiosa opôs de forma quase simétrica as forças da tradição associadas ao catolicismo, às aspirações da burguesia identificada com o protestantismo, os conflitos religiosos, se transmutaram em conflitos políticos, materializando-se em uma oposição entre a pretensão absolutista do monarca e a reivindicação liberal da burguesia através do Partido do Parlamento. Em meio a um processo político violento entre estas duas forças, concessões foram sendo feitas em favor da sociedade e dos indivíduos em geral, impondo transformações estruturais no Estado, que assistiu até mesmo à proclamação de um governo republicano (Oliver Cromwell, 1649-1658), seguido pela restauração monárquica de Carlos II – no qual se deu a promulgação do *habeas corpus act* de 1679. A esta altura da história e, sobretudo, a partir do governo de Cromwell, ditado dentre outras coisas pelos Atos de Navegação que deram à Inglaterra a estatura de potência imperial, os interesses da burguesia e do Estado passaram a se confundir por completo. Procurou-se então esvaziar de vez as pretensões absolutistas da monarquia, até demovê-la do poder político, através da Revolução Gloriosa de 1688 – coroada pela edição do *Bill of Rights* de 1689.

1.2 - O Estado liberal-individualista

A Revolução Gloriosa na Inglaterra, associada à proclamação do *Bill of Rights*, desencadeou uma sanha revolucionária que varreria todo o planeta, caracterizando a insurreição da burguesia contra a ordem absolutista e a consolidação de uma nova cosmovisão fundamentada no liberalismo econômico e no individualismo. Seus herdeiros imediatos irão se manifestar através das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789). Juntas, as “três revoluções” representarão a superação do Estado nacional-absolutista (primeira forma de manifestação política do Estado-Moderno), e a constituição de uma nova etapa da evolução estatal no ocidente – o Estado liberal-individualista.

Há que se ressaltar, contudo, que o contexto de derrocada da ordem absolutista não conheceu apenas a alternativa liberal-individualista apresentada pela burguesia em ascensão. Algumas monarquias européias, percebendo com mais clareza a força dos novos tempos, tentaram se modernizar a partir de cima, disputando com a burguesia o coração e as mentes das "massas". Muitos dos monarcas que se entregaram a tal projeto ficaram conhecidos como "déspotas esclarecidos", idealizadores de um "Estado Patrimonial", que, segundo seus críticos, a partir de um discurso paternalista, tentou resistir à consolidação do universo ideológico da burguesia. Tais iniciativas chegaram a atingir, em determinados contextos, um grau razoável de apoio popular. Sobretudo, em face dos mecanismos de defesa, por ele estabelecidos, diante do aviltamento imposto aos setores mais frágeis da população em face do avanço do processo de industrialização. No entanto, o maior dinamismo econômico verificado a partir do pleno estabelecimento das relações de produção requeridas pelo conjunto da burguesia, pautadas em uma ampla liberdade para contratar a força de trabalho no mercado, legitimada pela ficção jurídica da igualdade formal entre os contratantes (princípio da autonomia privada), acabaria por se impor de forma generalizada por todos os quadrantes.

> "Na verdade, no século XVIII, muitos Estados europeus (Áustria, Prússia, Rússia, Espanha) desenvolveram uma importante ação de assistência, mas antes ou independentemente da Revolução Industrial e dentro de estruturas de poder de tipo patrimonial. É Weber quem nos recorda que o poder político essencialmente patriarcal assumiu a forma típica do Estado de bem estar (...). A aspiração a uma administração da justiça livre de sutilezas e de formalismos jurídicos, visando a justiça material, é de per si própria de qualquer patriarcalismo principesco. Deste modo, foram precisamente os Estados patrimoniais mais distantes das formas de legitimação legal-racional que foram mais além nas formas de defesa do bem-estar dos súditos, enquanto que, nas sociedades em que se ia consolidando a Revolução Industrial, as normas de defesa das populações mais fracas surgiam como barreiras medievais opostas à livre iniciativa. O nascimento do capitalismo se reconhece, com efeito, mais facilmente na atitude que a ética protestante tem para com a *caritas*: ele deve, antes de tudo, desencorajar os preguiçosos, já que, numa sociedade

> baseada na livre concorrência, a assistência constitui um desvio imoral do princípio a cada um segundo os seus merecimentos."[16]

Retomando o fio condutor de nossa matriz metodológica, podemos dizer que, se o Estado nacional-absolutista foi à forma jurídico-política ideal para a promoção plena do capitalismo mercantil, que se estruturou globalmente a partir da supremacia européia representada pelo "colonialismo"; o Estado liberal-individualista constituiu-se na forma jurídica por excelência para a viabilização e pleno desenvolvimento da Revolução Industrial, e a partir de sua consolidação na Inglaterra, no fundamento político e ideológico do "imperialismo".

Os fundamentos econômicos necessários para a consolidação do Estado liberal-individualista, neste sentido, provirão inicialmente do comércio exterior e da supremacia naval obtida pela Inglaterra, e implicarão na derrota geopolítica dos dois Estados nacionais que lideraram a ordem mundial colonial: Espanha e Portugal.

A supremacia inglesa e, a decadência ibérica, começou a ser selada no bojo dos conflitos religiosos que opuseram católicos e protestantes na Europa ao longo do século XVI até a assinatura do Tratado de Westfália em 1648. Em 1580, sob o comando de Felipe II, deu-se a chamada União Ibérica – com a incorporação de Portugal pelo Reino Espanhol. É o apogeu do poder ibérico. No entanto, os espanhóis sentiam-se acossados pela ação dos corsários ingleses que atacavam e pilhavam os galeões espanhóis do Oceano Pacífico até o Indico, passando pelo Atlântico no qual se localizavam as rotas que traziam a prata do Peru. Em razão disso, Felipe II - que buscou influenciar na sucessão do trono inglês apoiando a católica Maria Stuart contra a protestante Isabel I - tentou impor uma derrota definitiva aos ingleses, lançando sobre a costa da Inglaterra a mais poderosa esquadra até então reunida – que por isso mesmo ficou conhecida como a "Invencível Armada". No entanto, os ingleses, comandados por Francis Drake, acabaram por impor um derrota avassaladora sobre os espanhóis na Batalha de Gravelines (1588), assumindo a partir de então, uma posição de controle inconteste dos oceanos em todo o planeta.

---

[16] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 416.

Ademais, diante deste poder naval, os ingleses continuaram a pilhar os navios espanhóis abarrotados de riquezas oriundas de suas colônias na América, constituindo uma fonte extraordinária de recursos que acabaria contribuindo em muito para viabilizar a própria Revolução Industrial por meio de um processo que, mais tarde, Marx denominaria por “acumulação primitiva de capitais”. Quanto a Portugal, uma vez recuperada sua soberania frente aos espanhóis, passou a depender umbilicalmente do apoio inglês para manter a sua independência. Nestes termos, a hegemonia comercial e política da Inglaterra sobre Portugal, foi obtida por meios diplomáticos, com a assinatura do Tratado de Methuen (1703), conhecido também como Tratado de Panos e Vinhos, que garantiu uma balança comercial francamente favorável à Inglaterra, que teria na indústria têxtil, um dos seus setores econômicos de vanguarda tão logo foi desencadeada a Revolução Industrial.

Todavia, é importante frisar que o desencadeamento da Revolução Industrial na Inglaterra – *conditio sine quae nom* para a constituição e desenvolvimento do Estado liberal-individualista – deveu-se também a importantes processos de natureza política e social internos.

Desde meados do século XIV, a incipiente burguesia comercial inglesa, havia buscado uma aliança estratégica com o campesinato, pressionando a autoridade real a conceder-lhes uma grande quantidade de campos que deveriam permanecer livres para o cultivo e pastoreio comunitário e para a obtenção de lenha. Constituía-se então, uma classe de camponeses livres dos padrões estreitos da servidão feudal, razão pela qual, passaram a ser conhecidos como *free holders*. Em um momento no qual a burguesia era essencialmente mercantil, interessava a ela não apenas proteger-se de uma eventual concorrência externa, mas garantir a certos estratos locais uma renda mínima para constituir o seu mercado consumidor – no que concorria tanto para a dissolução do velho sistema servil quanto no enfraquecimento dos Barões da Terra, os chamados *LandLord’s*.

Todavia, consumada a conquista do poder político pela burguesia com a Revolução Gloriosa de 1688, tratava-se agora de pacificar o País. Buscou-se um acordo político com os remanescentes da aristocracia de terras que viabilizasse a criação de condições para a exploração, não do seu mercado interno (limitado e já todo ele consolidado), mas do mercado mundial. Isto se

tornou possível através de uma nova forma de produção em massa, baseada na utilização de novas fontes de energia (o vapor) e de organização do trabalho humano (divisão fabril do trabalho).

Para atingir tal desiderato, a burguesia inglesa rompeu sua aliança histórica com o campesinato, aprovando uma nova legislação, juntamente com os representantes da velha aristocracia rural a quem foi entregue o comando da Câmara Alta (Câmara dos Lord´s) do Parlamento. Por meio desse compromisso político, devolveu-se ao lordes o controle sobre os campos outrora comunais, criando as condições jurídicas necessárias para a expulsão do campesinato no contexto de um movimento que ficou conhecido como *enclousures* ou “cercamentos”.

> “Os cercamentos foram chamados, de forma adequada, de revolução dos ricos contra os pobres. Os senhores e nobres estavam perturbando a ordem social, destruindo as leis e costumes tradicionais, às vezes pela violência, as vezes por intimidação e pressão. Eles literalmente roubavam o pobre na sua parcela de terras comuns, demolindo casas que até então, por força de antigos costumes, os pobres consideravam como suas e de seus herdeiros. Aldeias abandonadas e ruínas de moradias testemunhavam a ferocidade da revolução.”[17]

Os cercamentos expressam com muita clareza o significado da mudança ideológica de uma ordem outrora fundamentada em valores comunitários e, agora, subitamente reordenada com base em valores ultra-individualistas sobre o prisma do chamado liberalismo econômico. A desocupação avassaladora por ele provocada empurrou as massas camponesas para a periferia das grandes cidades. Nestas, destituídas de tudo, sobrou-lhes apenas a sua força de trabalho – avidamente adquirida pelos primeiros industriais a um preço cujo valor deveria ser o necessário apenas para a reposição das energias do trabalhador, exposto a jornadas de trabalho infindáveis, a condições extremas de insalubridade e ao uso indiscriminado de trabalho feminino e infantil. Nascia ali a infraestrutura econômica do Estado liberal-individualista.

No âmbito da superestrutura jurídico-ideológica, o Estado liberal-individualista radicou-se na separação entre a sociedade (esfera privada/mercado) e o Estado (esfera pública/política). Tal percepção será

melhor assinalada por nós quando apresentamos na segunda parte desse trabalho o pensamento de John Locke - especialmente nos comentários que fizemos à sua obra Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Fica evidente pela concepção lockeana do “estado de natureza” a fundamentação jurisnaturalista de sua filosofia do direito. Em seu viés racionalista, os homens no estado de natureza nascem bons na medida em que nascem racionais, e respeitam os direitos alheios na medida em que esperam igual comportamento em relação aos seus próprios interesses. A propriedade privada surge também ela como um direito natural, radicada nos postulados da ética protestante assim associada ao trabalho – fundamento de legitimidade da propriedade privada segundo Locke.

Para ele, o contrato social pelo qual os indivíduos – já plenamente constituídos enquanto tais no estado de natureza – transitam para o Estado civil decorreria fundamentalmente de imperativos de segurança externa decorrentes do progresso e da prosperidade da comunidade natural. Tal evolução passou a requerer a organização de meios preordenados para a defesa dos seus interesses em comum – além de admitir a necessidade de proteção de uns em relação aos outros na medida em que, com o aumento da prosperidade de alguns, outros poderiam, por inveja, ambicioná-la sem dedicar o mesmo grau de esforço e diligência atreves de ações criminosas. Neste sentido, as funções estatais, que deveriam estar claramente demarcadas no contrato ou na Constituição (como mais tarde se designará), deveriam se resumir ao mínimo, como, por exemplo, a garantia da ordem pública, a defesa contra ameaças (econômicas e militares) externas e o cumprimento dos contratos por meio dos quais empresas e indivíduos se obrigaram. Sendo assim, liberdade de indústria e comércio e liberdade individual, liberalismo econômico e liberalismo político, constituíam duas faces de uma mesma moeda.

> "Para los liberales clásicos, el liberalismo político y el económico eran las dos caras de una misma realidad. La libertad de industria y comercio era con una forma particular de la libertad individual y de la igualdad entre los ciudadanos. Estaba garantizada por la debilidad del Estado, lo cual era garantizada a

[17] POLANY, Karl. **A Grande Transformação**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1988, p. 52.

> su vez, por aquella. El Estado liberal podía así ser limitado a unas pocas funciones: asegurar el orden público, interior, proteger contra las inversiones exteriores y garantizar eventualmente el cumplimento de las reglas de competencia entre los individuos y las empresas."[18]

Mas o receio em relação ao Estado é evidente, tanto que é o contrato estabelecido entre os indivíduos – e não entre estes e o soberano como em Hobbes – que cria o Estado. E mais ainda, enquanto para Hobbes o contrato social constitui-se em um pacto de submissão por meio do qual se confere ao soberano um poder absoluto, ilimitado, pelo contrato proposto por Locke a sua razão de ser é defender os indivíduos das pretensões absolutistas do soberano estatal. O contrato existe para limitar o Poder. E é nesse sentido que, o contrato (e as primeiras cartas constitucionais que se seguirão às declarações de direitos) resume-se basicamente na estruturação dos órgãos fundamentais do poder estatal e da administração pública e à introdução de uma pauta (exígua) de "direitos fundamentais". Direitos de defesa ou "negativos" como ficariam conhecidos posteriormente.

> "Na doutrina do liberalismo, o Estado, foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade. Foi assim que o trataram os primeiros doutrinários do liberalismo, ao acentuarem, deliberadamente, essa antinomia. A Sociedade, representava historicamente, e depois racionalmente, com Kant, a ambiência onde o homem fruía da plena liberdade primitiva. Com a construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo. Com o advento do Estado, que não é de modo algum um *prius*, mas, necessariamente, um *a posteriori* da convivência humana, segundo as teorias contidas na doutrina do direito natural, importava, primeiro que tudo, organizar a liberdade no campo social. O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do circulo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo. (...) A sociedade por sua

[18] DUVERGER, Maurice. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Barcelona: Editorial Ariel, 1980, p. 202.

> vez, na teoria do liberalismo, se reduz à chamada poeira atômica de indivíduos."[19]

De fato, mais do que separação entre sociedade e Estado, o que passaremos a ter é separação entre indivíduo e Estado. Separação instituída com o intuito de proteger o indivíduo "empreendedor" e de punir os indivíduos que, por algum motivo, ligado às suas escolhas ou à previdência, não quisesse ou não pudesse se adaptar aos novos valores trazidos pela ideologia do trabalho (assalariado). Daí porque, promove o Estado liberal-individualista nos seus primórdios um desmonte radical de toda sorte de rede de proteção anteriormente instituída pela comunidade ou pelo Estado para a proteção dos mais necessitados. Ajuda pública ou comunitária aos pobres, só era admissível ao custo da renúncia/supressão ao beneficiário dos seus direitos civis,[20] sendo justificada esta nova condição de desabrigo, como uma necessidade de superação dos padrões paternalistas arcaicos legados pelos estamentos medievais e pelas corporações de ofício.

No entanto, o que para nós resta de mais curioso, é exatamente o fato de que, tanto nos argumentos articulados em apoio ao Estado nacional-absolutista, quanto naqueles dispensados para a defesa do Estado liberal-individualista, encontramos um forte apelo à justiça e à igualdade. Em Hobbes, ela consiste exatamente na possibilidade conferida pelo Estado-leviatã de impor-se uma mesma ordem (jurídica) a todos, possibilitada pela supremacia e pela superioridade (militar) absoluta da soberania conferida pelo povo através do contrato ao ente estatal. Justiça e tratamento igualitário se confundem. Todos, igualmente, constituem a soberania, e todos a transferem para o soberano – na expectativa de receberem, deste também, um tratamento justo (porque igualitário). Em Locke mudam-se os termos, mas os sinais

---

[19] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40.

[20] "Não se tratava apenas de disputa ideológica, mas de uma orientação de claro significado político, revela-o a análise das medidas adotadas na Inglaterra em fins do século XVIII, medidas com que se abolia toda a regulamentação sobre o salário mínimo, que tinha sua origem no sistema medieval das corporações e que, agora, era considerada lesiva à liberdade de contratação. A oposição entre direitos civis (de expressão, de pensamento e também de comércio) e o direito à subsistência, torna-se totalmente explícita com a lei dos pobres, aprovada em 1834 na Inglaterra, pela qual, se obtinha o mantimento às expensas da coletividade em troca da renúncia à própria liberdade pessoal. Como acentua T. H. Marshall, para ter a garantia da sobrevivência, o pobre tinha de renunciar a todo o direito civil e político, devia ser colocado 'fora do jogo' em relação à sociedade. Se o Estado provia às suas necessidades, não era como portador de qualquer direito à assistência, mas como tendentemente perigoso para a ordem pública e para a higiene da

permanecem os mesmos. O sentido da justiça é encontrado na razão natural, que em condições normais (estado de natureza) predispõe os homens para uma vida feliz e virtuosa, fundada no trabalho e no respeito mútuo (igualdade enquanto reciprocidade). A igualdade estatal resultaria da aplicação formal e isonômica da lei, naturalmente genérica e abstrata, e que, ao ignorar qualquer tipo de favor ou privilégio de natureza estamental ou corporativa, atingiria pela primeira vez, um grau de tratamento absolutamente igualitário a todos. A concretização de um sentimento de justiça vinculado à criação de uma ordem jurídica igualitária é o elemento de legitimação comum a essas duas formas iniciais de manifestação do Estado-Moderno – como já o tinham sido na Antigüidade e como continuará sendo nos seus desdobramentos posteriores.

Todavia, é preciso que se diga também que, no âmbito da ordem estatal liberal-individualista, se a justiça e a igualdade se apresentam como pressuposto ou fundamento de legitimidade dessa ordem, elas na verdade constituem mera condição de possibilidade para o desenvolvimento a contento de um valor superior: a liberdade.

Esta pressupõe uma igualdade formal radicada na ordem jurídica e imposta até coercitivamente, se necessário for, pela autoridade estatal. Pois é exatamente a igualdade formal o pressuposto de validade para a instituição do princípio da autonomia privada. A disposição conferida pela ordem jurídica para que, indivíduos iguais, possam dispor de sua liberdade da forma que melhor lhes aprouver, constituindo entre si, normas jurídicas mediante a livre e soberana manifestação de sua vontade, obrigando-se assim, uns mediante os outros, através dos “contratos”.

Ao Estado caberia apenas fazer cumprir as normas que os indivíduos livres e soberanos se deram por mútuo consentimento. Por ser expressão absoluta da liberdade de todo homem capaz, é que todo contrato constitui-se em verdadeira lei entre as partes que se obrigam – *pacta sunt servanda*. No contexto da ordem jurídica do Estado liberal-individualista, a radical separação entre Estado e sociedade se manifestará também na separação entre Direito Público (plano da necessidade) e Direito Privado (plano da liberdade). Tal fenômeno se mostrou evidente, especialmente na França, a partir da vigência

---

coletividade”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 416.

em 1804 do Código Civil, o Código de Napoleão, apresentado ao mundo como “a Constituição do homem privado”, sendo notória já por essa época a comparação entre o caráter provisório, cambiante, e volúvel das Constituições frente à natureza perene, estável, segura, do Código Civil.

Neste ponto, a fundamentação liberal-individualista da ordem estatal atingiu o seu ponto culminante (sob a perspectiva “formal”), ao mesmo tempo em que, dialeticamente, fez surgir os germes que determinaram o seu esgotamento e a necessidade de sua superação (sob a perspectiva “material”). Isto porque, a igualdade formal (jurídica), acabou por redundar em uma profunda desigualdade material (sócio-econômica), conduzindo a uma progressiva perda de legitimidade do Estado liberal-individualista.

A igualdade meramente formal entre os chamados “sujeitos da relação jurídica”, considerados estes enquanto entes abstratos, e completamente apartados de suas condições reais (materiais) de existência, acabou por conduzir a sociedade do Estado liberal-individualista a um novo “estado de natureza”. Uma espécie de “lei do cão” fundamentada em uma ordem jurídica civil. Uma ordem jurídica que autoriza a exploração brutal do mais fraco pelo mais forte. Isto porque, em determinados âmbitos, como por exemplo, uma compra e venda entre um grande industrial e um grande comerciante atacadista, ou entre dois trabalhadores, a idéia de equivalência projetada a partir de uma concepção formal de igualdade pode até corresponder à realidade dos fatos. O mesmo não ocorria, por exemplo, nas relações contratuais estabelecidas entre o capital e o trabalho, entre o empregador e o empregado – plano fundamental a partir do qual se dá a produção social da riqueza em uma sociedade capitalista. Neste plano, a assimetria se apresenta de forma radical, requerendo uma intervenção estatal capaz de re-equilibrar os termos de uma equação jurídica vazia que o Estado liberal-individualista, por seus pressupostos ideológicos e por seus objetivos políticos não poderia prover.

1.3 – O Estado liberal-democrático

Na segunda parte de nosso estudo, ao discutirmos o pensamento marxista, apresentaremos os termos da crítica por ele endereçada ao Estado liberal-individualista. Nesta, ao mesmo tempo em que apontou as forças sociais que se organizaram com vistas a exigir a sua superação – perfiladas inicialmente por movimentos coletivos espontâneos e, depois, com forte articulação sindical e partidária. Isto porque, logo se percebeu que, a melhoria imediata das condições de vida, sobretudo, das classes trabalhadoras, só poderia se dar a partir de uma maior abertura política do Estado, por meio de sua democratização.

Com isso, queremos deixar clara a desconexão histórica entre liberalismo e democracia. Isto fica evidente no plano teórico, quando o próprio Locke (representante maior do pensamento liberal-individualista) defende um campo de legitimação estatal restrito, por meio do voto censitário. Ademais, tal desconexão ficou patente pela prática concreta das mais diversas experiências político-estatais ao longo dos séculos XVIII e XIX – adentrando ainda pelas primeiras décadas do século XX em algumas situações.[21]

No entanto, foi a partir das concepções expostas por Rousseau e por Kant que se abriu um espaço de reflexão, logo em seguida ocupada pela mobilização política e pelo aprofundamento da luta de classes, que enfim, levou a uma maior abertura do sistema político à participação democrática – sobretudo das classes trabalhadoras.

Foi por esta abertura que se forçou à concessão para a liberdade de associação e constituição de coalizões e sindicatos, até culminar com o direito ao sufrágio universal. Com ele, inicia-se a transição do Estado liberal-individualista para o Estado liberal-democrático. Neste passo, o movimento constitucionalista, avançando para além de uma pequena pauta de direitos fundamentais introduzidos pelas primeiras revoluções burguesas, acabou por alargar o seu repertório, introduzindo em diversas cartas constitucionais, a

[21] De fato, no plano teórico, a aproximação entre liberalismo e democracia só se dará a partir da crítica de Rousseau aos postulados meramente formais do contrato social de Locke, com a identificação da propriedade privada como fundamento da desigualdade entre os homens. A isso se agrega a tentativa de superação da concepção liberal-individualista clássica pela diferenciação dos conceitos de soberania e representação e, por uma nova concepção acerca produção normativa, agora concebida, como expressão de uma "vontade geral". Essa foi a grande inspiração através da qual Kant pôde chegar à sua sofisticada concepção de liberdade - ainda que insuficiente para corrigir todos os problemas introduzidos pelo Estado liberal no plano da igualdade entre os homens.

partir de meados do século XIX, os fundamentos jurídicos para a constituição de verdadeiros Estados democráticos.

> "Começa daí a obra de dinamitação da primeira fase do constitucionalismo burguês. O curso das idéias pede um novo leito. Da liberdade do homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a idéia democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade estatal. Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes. E essa idéia se agita, sobretudo, com invencível ímpeto, rumo ao sufrágio universal. A burguesia enunciava e defendia o princípio da representação. Mas representação, a meio caminho, embaraçada por estorvos, privilégios, discriminações. A França, tão radical em sua maturação constitucional, só alcançou, todavia, realizar de modo completo, embora efêmero, o princípio democrático do sufrágio universal em 1848, com a vitória das armas revolucionárias. A Revolução Francesa, por seu caráter preciso de revolução da burguesia, levara à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política. Esta, alcançou-a depois, com novos derramamentos de sangue, o constitucionalismo do século XIX. Mas de qualquer modo, a representação e a soberania popular deram passos agigantados para a época, os quais significavam, já, rompimento visceral com a ideologia do passado, com a autoridade decaída do *ancien regime*. O homem pisava firme na estrada da democracia, e os seus combates haviam de prosseguir, como efetivamente prosseguiram, determinando a mudança que houve, com o tempo, no sentido das Cartas Constitucionais, cada vez mais exigentes de conteúdo destinado a fazer valer objetivamente as liberdades concretas e dignificadoras da personalidade humana."[22]

A admissão teórica e o lento, mas progressivo, advento do Estado liberal-democrático, que acompanhou a evolução do processo de industrialização pelo mundo-a-fora, acabaram por permitir o aprofundamento da organização do movimento sindical e dos movimentos sociais em geral. Na medida em que a liberdade de associação coletiva e sindical foi sendo reestabelecida,[23] primeiro na Inglaterra (1824), e bem mais

[22] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43-44.

[23] "A pretexto de que todas as associações implicavam perturbação às relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado, o liberalismo proibiu as uniões com espírito de classe ou proteção mútua. Foram elas consideradas crime pelo Código Penal francês de 1819. Tem-se, portanto, a fase de proibição do Direito Sindical, iniciada com a Lei Chapelier (1791). Em seguida, há uma fase de tolerância, quando esse delito é suprimido, seguindo-se a fase de reconhecimento do direito de associação, admitido na Inglaterra em 1824, e concretizada nas Trade Unions, fundadas em 1833, por Robert Owen, passando por várias

tarde, na França (1884). Os trabalhadores foram aperfeiçoando e radicalizando as suas estratégias de luta, visando novas conquistas no plano econômico e das condições de trabalho através da exigência, encaminhada à autoridade estatal, de normas cogentes, portanto, imperativas (não passíveis de disposição pelas partes de uma dada relação jurídica), com relação ao contrato de trabalho. Tratava-se, pois, de um golpe significativo no ideário político e ideológico do Estado liberal-individualista, representando o primeiro passo na relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, estabelecido de forma democrática (norma jurídica fixada pelo Poder Legislativo), mediante legítima mobilização e pressão das coletividades diretamente interessadas. A consolidação do Estado liberal-democrático – sobretudo na Inglaterra e nos EUA -, é bom que se reafirme, não decorreu de uma simples evolução do pensamento jusfilosófico ocidental, não obstante a extraordinária contribuição de autores como Rousseau e Kant, mas da pressão política das massas oprimidas pelas circunstâncias fáticas caracterizadas por uma profunda opressão e exploração de classe - instituída pelo liberal-individualismo.

E mais ainda. A conquista da liberdade de associação e de organização sindical permitiu uma ampliação de horizontes dos movimentos de trabalhadores, que passaram a receber influências de correntes de opinião que deles passaram a se aproximar, como socialistas, anarquistas e comunistas. O enriquecimento do movimento operário em razão desses novos parâmetros de análise de sua conjuntura e, o conseqüente surgimento de novas estratégias de enfrentamento, abriu espaço para uma reflexão que os impeliu para além da mera luta sindical, no sentido da ruptura mesmo com a ordem capitalista, e a construção de uma nova sociedade, livre da exploração do homem pelo homem. A partir de 1848, com a fundação da Associação Internacional dos Trabalhadores e a publicação do Manifesto Comunista de Marx e Engels, a luta de classes no ocidente passou a forçar os limites do Estado liberal-democrático, apontando suas deficiências e exigindo o seu aperfeiçoamento no sentido do atendimento de um número maior de demandas propostas pela sociedade. Iniciava-se então a sua crise.

---

vicissitudes. A exemplo da Inglaterra, a Lei francesa Waldeck Rousseau, de 21 de março de 1884, reconhece a liberdade de associação sindical, e, a partir daí, outros países seguem-lhe o exemplo." MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 1146.

A conquista do direito de associação coletiva e sindical permitiu o surgimento de uma nova consciência política. Esta, por sua vez, possibilitou uma percepção mais clara acerca da plausibilidade jurídica do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos e/ou interesses coletivos como passiveis de tutela jurídico-estatal – e não apenas os direitos e/ou interesses individuais.

No âmbito dos direitos e/ou interesses coletivos, o mais importante, do ponto de vista jurídico-político, foi o "sufrágio universal", visto ser este, a expressão prática do "princípio majoritário". Foi o seu reconhecimento que possibilitou, ainda que lentamente, integrar as massas recém saídas do campo em instituições coletivas por meio das quais foram tomando consciência dos seus reais interesses e buscaram canalizar seu descontentamento e suas aspirações para a disputa político-eleitoral. Dessa forma puderam tirar partido de eventuais divisões no bloco político que até então representava de forma quase homogênea os interesses da burguesia liberal, ao mesmo tempo em que, reforçaram os seus próprios partidos políticos e movimentos sociais. Foi o sufrágio universal que deu, de fato, consistência e legitimidade à chamada "democracia burguesa", reforçando os canais políticos de interlocução e de negociação.[24]

Em um primeiro momento, o Estado liberal-democrático, reconheceu e concedeu um repertório limitado de normas instituidoras de direitos de natureza coletiva, em sua maioria, vinculadas à proteção contratual dos trabalhadores, e à sua liberdade de organização. No entanto, as novas condições políticas impeliram as massas a aprofundar suas reivindicações, e a utilizar sua liberdade de organização para ampliar progressivamente a pressão sobre Governos e Parlamentos para obter o reconhecimento de demandas tidas por inaceitáveis pelo ideário liberal-individualista – como a limitação da jornada de trabalho, tida como intervenção injustificável no direito de contratar. Ato

[24] Esta nova percepção do processo político e do desenvolvimento normativo do conceito de direitos coletivos conduziu à ultrapassagem da concepção segundo a qual os direitos fundamentais consistiriam basicamente em "direitos negativos", deferidos contra o Estado, como uma exigência de abstenção. Uma da nova consciência foi brotando, na medida em que, representantes ideologicamente identificados com os interesses dos trabalhadores, foram ascendendo aos Parlamentos. Os Partidos que eles representavam foram ampliando as suas bases, e os sindicatos, mais ativos, foram enriquecendo as suas respectivas pautas de reivindicações. Os movimentos populares, mantendo o Estado na condição de "devedor da sociedade", passaram a cobrá-lo, cada vez mais, exigindo-lhe a satisfação de obrigações de natureza material, positiva, podendo estas consistir, tanto na edição de normas protetivas, quanto na prestação de serviços e benefícios às coletividades mais vulneráveis da "sociedade nacional".

contínuo, com o aprofundamento do processo de industrialização, as diferenças entre as classes sociais foram se ampliando de forma significativa ao longo do século XIX, e a situação de desalento e abandono a que eram submetidos os trabalhadores. Isto se deu na medida em que alguns poucos capitalistas ampliaram a olhos vistos a sua riqueza, no âmbito de um capitalismo cujo perfil, cada vez mais "monopolista", foi reforçando um sentimento de injustiça que o Estado liberal-democrático não conseguia responder satisfatoriamente. Este optou por fazer algumas concessões às massas, sem ceder, contudo, naquilo que parecia essencial, para salvaguardar o movimento de acumulação de capitais em novos padrões.

A situação ficou mais complicada a partir da segunda metade do século XIX em função do acirramento da competição inter-capitalista. Ao longo da modernidade ocidental, na medida em que esta foi se constituindo, o fez com base em um sistema de trocas que articulou todo o planeta, dando origem a um mercado mundial. Este por sua vez, é expressão de uma dada divisão internacional do trabalho, que reflete em seu interior, tanto a especialização de cada Estado nacional, quanto à hierarquia de poder entre estes Estados - em função do que cada um produz e do que consome no contexto deste mercado mundial. Ou seja, ao longo dos últimos cinco séculos, foram constituídas relações de poder em âmbito global, cuja projeção geopolítica, decorria diretamente da inserção de cada Estado nacional junto à divisão internacional do trabalho.

Estas relações de poder constituíram momentos de hegemonia de determinados Estados nacionais sobre os demais – como o foi à hegemonia ibérica durante o ciclo que ficou conhecido por "colonialismo". Como pudemos observar no início deste tópico, tal liderança foi rompida pela Grã-Bretanha, que ao longo do século XVIII tratou de impor a sua própria hegemonia sobre todo o globo, a partir de uma modificação estrutural nos termos de troca propiciada pela Revolução Industrial. Na condição de único Estado nacional em todo o globo em condições de produzir bens manufaturados em larga escala, com altíssimo valor agregado em comparação com o mercado de bens *in-natura*. E apoiada por uma força militar extraordinária – sobretudo pelo controle de sua esquadra sobre os oceanos -, constituíram o ingleses uma "nova ordem mundial" que ficou conhecida como "imperialismo".

Seu controle sobre a maioria das fontes de matéria-prima conhecidas, facilitava seu intuito de convertê-las em mercados consumidores para seus produtos, na escala que lhe permitiu ser reconhecida como "o Império no qual o sol nunca se põe." Um império global no qual, a qualquer instante, um pavilhão inglês estaria tremulando sob os auspícios do *astro Rei*.[25]

Sendo assim, a Inglaterra se impôs como a grande administradora do capitalismo mundial, propiciando a estabilidade política e econômica que redundou – como mencionamos pouco atrás – em um impressionante processo de acumulação de capitais, nas mãos de um pequeno punhado de capitalistas, que sozinhos ou agrupados em cartéis, foram se apoderando de todas as riquezas globais. Para viabilizar a expansão do capital industrial inglês por todo o mundo, assistiu-se à fusão deste com o capital bancário, constituindo aquilo que Rudolf Hilferding chamou de "capital financeiro", principal agente de um processo que, para Lênin, representou o fim da época de ouro do capitalismo livre-concorrencial e o apogeu do capitalismo monopolista.

> "O imperialismo, surgiu como desenvolvimento e continuação direta das características fundamentais do capitalismo em geral. Mas o capitalismo só se transformou em imperialismo capitalista quando chegou a um determinado grau, muito elevado, do seu desenvolvimento, quando algumas das características fundamentais do capitalismo começaram a transformar-se na sua antítese, quando ganharam corpo e se manifestaram em toda a linha os traços da época de transição do capitalismo para uma estrutura econômica e social mais elevada. O que há de fundamental nesse processo, do ponto de vista econômico, é a substituição da livre concorrência capitalista pelos monopólios capitalistas. A livre concorrência é a característica fundamental do capitalismo e da produção mercantil em geral; o monopólio é precisamente o contrário da livre concorrência, mas esta começou a transformar-se diante dos nossos olhos em monopólio, criando a grande produção, eliminando a pequena,

[25] Além do diferencial tecnológico representado pelo domínio dos processos de produção industriais, e da inconteste superioridade militar, os ingleses também consolidaram um sistema financeiro internacional, para o qual "contribuíram", na medida em que sua moeda (libra esterlina) se consolidou como termo de troca internacional. Ademais, articularam um sofisticado sistema de conversão, radicado em uma "auto-limitação" dos meios de pagamento em escala global através da introdução do chamado "padrão-ouro". Tudo isso, conferiu à ordem internacional imperialista, sob o comando britânico, uma estabilidade invejável por mais de mais de um século. Ao longo desse período, a única ameaça ao seu poder veio da expansão francesa no epílogo do seu período revolucionário, representada pelas Guerras Napoleônicas e o seu fracassado bloqueio continental. Após sua derrota definitiva, com o fim do "governo dos cem dias" e a recomposição dos Estados nacionais europeus no bojo do Congresso de Viena (1815), os ingleses retomaram o controle sobre a economia mundial. A partir desse ponto, puderam gozar algumas décadas de forte expansão econômica com plena realização dos seus interesses – e dos capitalistas de qualquer origem a eles associados - por todo o planeta.

> substituindo a grande produção por outra ainda maior, e concentrando a produção e o capital a tal ponto que do seu seio surgiu e surge o monopólio: os cartéis, os sindicatos, os trustes e, fundindo com eles, o capital de uma escassa dezena de bancos que manipulam milhares de milhões. Ao mesmo tempo, os monopólios, que derivam da livre concorrência, não a eliminam, mas existem acima e ao lado dela, engendrando assim contradições, fricções e conflitos particularmente agudos e intensos. O monopólio é a transição do capitalismo para um regime superior. Se fosse necessário dar uma definição o mais breve possível do imperialismo, dever-se-ia dizer que o imperialismo é a fase monopolista do capitalismo."[26]

Este capitalismo monopolista, é incompatível com os pressupostos jurídicos e ideológicos do liberal-individualismo – cujos fundamentos econômicos estavam associados ao capitalismo livre-concorrencial. No âmbito do capitalismo monopolista, o princípio da autonomia privada não subsiste mais nem mesmo entre a classe social que lhe trouxe ao mundo: a burguesia.

Sob uma infraestrutura que se converteu institucionalmente em monopólio, a própria idéia de "livre iniciativa" esvazia-se, dada a impossibilidade fática de empreender e prosperar em mercados cartelizados. E a tendência à formação de monopólios não era um problema moral, de alguns maus capitalistas. Mas decorre da dinâmica do sistema, do processo de acumulação de capital, da necessidade de ampliar o poder dos capitalistas locais para que eles não pereçam frente à competição com capitais radicados em outros Estados - o que também requererá uma específica dinâmica interna.

Isto porque, para que um conjunto de capitais possa ser agrupado para se apoderar do mercado exterior, primeiro eles precisam se agrupar internamente, monopolizando o mercado nacional, destruindo boa parte da pequena e média produção manufatureira, em um movimento de concentração e centralização de capitais. Isto quer dizer que, o sucesso da grande produção capitalista, ao implicar na ruína de uma grande base de pequenos e médios produtores, enfraquece a base política de sustentação do Estado liberal-democrático.

Tal situação só pode subsistir se houver, por parte do Estado, condições para promover políticas públicas de compensação aos setores diretamente atingidos pelo processo de concentração de capitais – que por sua vez

---

[26] LENIN. V. I. U. **Imperialismo, Fase Superior do Capitalismo** (Obras Escolhidas). São Paulo: Alfa

dependerá da manutenção da hegemonia política deste Estado no âmbito do mercado mundial.

Trata-se já de um nível de intervenção estatal, na economia, que contradizia tudo o que o liberal-individualismo pregou acerca deste plano (econômico), que seria o da livre realização dos indivíduos, conduzida apenas pelas leis fornecidas pelo concurso do bom senso com a razão. Desse ponto para frente, a sociedade atropelou o ideário liberal e passou a exigir maior envolvimento do Estado com a economia, ampliando inicialmente a sua ação reguladora pela edição de leis anti-trustes, e um pouco mais tarde, se viu na contingência de atuar diretamente na economia como empresário ou empreendedor. Tais transformações produziram importantes conseqüências no plano geopolítico, abrindo uma crise liderança e hegemonia de grandes proporções.

Enquanto a Inglaterra era a única potência industrial, o mercado mundial conheceu um período de significativo crescimento, e as relações de poder em âmbito mundial, um período de significativa estabilidade. Mas as coisas começaram a mudar a partir do momento em que outros candidatos se apresentaram como pretendentes a igual privilégio.

É o que teremos a partir da segunda metade do século XIX. Neste momento, a consolidação de alguns novos Estados nacionais estava a depender exatamente da sua capacidade para, resolvendo ao menos momentaneamente certos conflitos internos, buscando uma composição entre diversos segmentos da sociedade nacional, tentar obter as condições necessárias para mantê-las, expandindo a sua influência pelo mundo. Para se atingir tal objetivo era imprescindível apostar no processo de industrialização. Esta foi a constatação a que chegaram países como os EUA, o Japão, a Alemanha, e a Itália.

Os EUA, após da Guerra de Secessão, estava com a sua sociedade internamente fraturada, marcada não apenas pelas conseqüências da guerra civil, mas também do fim da escravidão. Para curar tais feridas, decidiu apostar na industrialização do país e na ampliação de sua demanda por imigrantes. O Japão, aterrorizado pelas conseqüências produzidas pela intervenção inglesa

---

Omega, 1982, p. 641.

na China (Guerra do Ópio), estava disposto a qualquer sacrifício para evitar idêntico destino. A resposta política foi dada em 1861 com a Revolução *Meiji*, por meio da qual uma elite militar resolveu tomar o destino do país em suas mãos e levar adiante, a todo o custo, um projeto de industrialização tido como garantia irrenunciável para a sua própria independência nacional. A Alemanha e a Itália, os últimos Estados nacionais a se constituírem na Europa (1870), também profundamente divididos internamente, não viam condições para fazerem frente à Inglaterra e a França sem avançarem, eles também, no processo de industrialização. Mas uma pergunta tinha que ser respondida por essas quatro nações: como constituir e fazer deslanchar o processo de industrialização se, para isso, é imprescindível o acesso franco a fontes de matéria prima e mercados consumidores, e estes, estavam praticamente todos nas mãos de velhos países coloniais (Portugal, Espanha, França, Holanda) ou sob a área de influência da grande potência imperialista (Inglaterra)?

Não parecia existir outro modo de fazê-lo senão pela força. O militarismo foi a resposta encontrada por todas essas sociedades. Os EUA logo trataram de se lançar sob o espólio do velho domínio colonial espanhol na América Central, aproveitando este movimento para tentar retirar da área de influência inglesa os novos Estados Latino-Americanos, tudo assentado nos termos da chamada “Doutrina Monroe” (“América para os americanos”). O Japão atirou-se sobre os seus vizinhos – especialmente a Coréia -, e ganhou novo e extraordinário fôlego em sua aventura militarista depois de derrotar a Rússia em 1905. Alemanha e Itália forçaram uma re-divisão das possessões européias na África – o que ainda que obtido, se mostrou absolutamente insuficiente para as suas necessidades e pretensões. Estava entabulado o jogo que faria desaguar na 1ª. e 2ª. Guerra Mundial. Duas guerras imperialistas pelo controle de mercados e fontes de matéria prima em escala global.

1.4 – O Estado social

Mas o que nos interessa no presente estudo são os arranjos internos que os principais países do planeta foram obrigados a fazer para se preparar

para um embate tão duro no âmbito externo. Tais arranjos implicaram no fortalecimento de suas respectivas identidades nacionais, sem a qual, enfrentamentos tão intensos e dilacerantes não poderiam sequer ser cogitados. E tudo isso em um momento histórico – segunda metade do século XIX – em que um fantasma rondava a Europa, mas um "espectro" de dimensão global: o "fantasma do comunismo".

Com isso, o que queremos ressaltar é que, para além de uma série de "reminiscências" locais e regionais potencialmente renitentes à consolidação de um Estado nacional na Europa – minorias religiosas como os judeus, ou micro nacionalidades como bascos, corsos, irlandeses, povos errantes como os ciganos, Estados Supra-Nacionais em vias de decomposição como o Austro-Húngaro, etc. – a divisão política entre classes sociais apresentava-se como o fato politicamente mais delicado.

E a partir de 1848, ninguém representará melhor essa ameaça do que o movimento comunista. A partir da Comuna de Paris (1871) a elaboração de uma alternativa política capaz de contê-lo – sobretudo em razão do seu forte apelo internacionalista (lembremos que o Manifesto Comunista encerra-se com a frase: proletários de todo o mundo, uni-vos!) – tornou-se uma prioridade que acabou por fazer sucumbir o frágil Estado liberal-democrático em vias de consolidação. Para substituí-lo, veio ao mundo o chamado "Estado Social".

Este Estado Social, foi se manifestando aos poucos, mas de forma progressiva. Às vezes como resposta a movimentos concretos de pressão empreendidos pelas classes trabalhadoras. E muitas vezes, resultou de ação antecipatória, proposta por instituições dotadas de grande influência política e social, como foi o caso da Igreja Católica através da Encíclica *Rerum Novarum* (1891), buscando uma alternativa entre o capitalismo "selvagem" representado pelo modelo liberal-individualista e o comunismo "ateu". Uma democracia-cristã de cunho reformista, que admite a propriedade privada dos meios de produção, mas que rejeita o estado de desamparo, no qual, os trabalhadores foram atirados diante do processo de industrialização. Noutras circunstancias, o Estado Social foi imposto por "elites modernizantes" que procuraram se antecipar às demandas da classe operária. Esta, em alguns países, ainda estava em formação, mas dada às necessidades de industrialização acelerada que estes paises intentavam (caso típico da Alemanha de Bismarck), urgia

preordenar todos os fatores necessários para garantir-se a unidade nacional mesmo em um contexto de aceleração do processo de acumulação de capitais. Em um intervalo que vai das duas últimas décadas do século XIX até a primeira década do século XX, os fundamentos do Estado Social vão se tornando uma realidade na Europa, superando as velhas manifestações do Estado liberal-individualista e liberal-democrático.

> "A questão social que eclodiu na segunda metade do século XIX, colheu de surpresa a burguesia, impondo-se como o problema principal a que ela devia fazer frente e, que ainda continua sendo o problema sem solução do Estado moderno (...) A questão social, surgida como efeito da Revolução Industrial, representou o fim de uma concepção orgânica da sociedade e do Estado, típica da filosofia hegeliana, e não permitiu que a unidade da formação econômico-política pudesse ser assegurada pelo desenvolvimento autônomo da sociedade, com a simples garantia da intervenção política de polícia. Impôs-se em vez disso, a necessidade de uma tecnologia social que determinasse as causas das divisões sociais e tratasse de lhes remediar, mediante adequadas intervenções de reforma social. Se a Inglaterra, já antes de 1900, tinha posto em prática uma avançada legislação da atividade fabril, a Alemanha de Bismarck, em vez disso, levou a cabo uma articulada série de intervenções, visando por em ação um sistema de Previdência Social que viria a concretizar-se entre 1883 e 1889, com os primeiros programas de seguro obrigatório contra doença, a velhice e a invalidez. Assim como a legislação da atividade fabril inglesa teve também ampla aplicação no exterior, também o sistema de Previdência Social alemão encontrou vasta imitação. A Dinamarca aplicou as disposições pensionistas entre 1891 e 1898; a Bélgica, entre 1894 e 1903. A Suíça, com uma Emenda Constitucional, permitiu, em 1890, que o governo federal organizasse um sistema de seguro nacional."[27]

O surgimento do Estado social derivou de um esforço articulado. De um lado, buscou-se a composição dos conflitos internos, radicalizados no bojo do processo de industrialização sob a hegemonia do pensamento liberal-individualista (e apenas parcialmente aplacados pelas reformas liberal-democráticas). De outro, buscou-se fortalecer a identidade nacional, com vistas à disputa de uma nova posição junto à divisão internacional do trabalho, através de uma estratégia militarista. Por isso, sua constituição histórica abarca

[27] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 403.

um período que vai das últimas décadas do século XIX até o final da 2ª. Guerra Mundial, em meados do século XX.

Diferentemente do que ocorreu com os modelos liberal-individualista e liberal-democrático, o Estado social pôde se manifestar sob as mais variadas formulações ideológicas, da extrema esquerda à extrema direita. Foi instituído tanto pela via democrática, quanto pela ação revolucionária ou por meio de golpes de Estado. Sua manifestação cobriu um âmbito significativo de países, tanto centrais quanto periféricos. Com relação aos fundamentos jurídicos de sua institucionalização, deu-se tanto através da "legalização" da ação voluntarista de caudilhos e outros líderes carismáticos (Itália, Brasil, Argentina), quanto pelo redesenho constitucional do Estado (México, URSS, Alemanha). Sujeitou-se em um curtíssimo intervalo de tempo, a variações bruscas em seu fundamento de legitimidade, como seu deu na Alemanha, com a transição do Estado social (democrático) fundado pela Constituição de Weimar para o Estado social (totalitário) instituído pelo nacional-socialismo. Apresentou-se como a única resposta jurídico-política possível diante dos fenômenos urbanização acelerada e da massificação.

Um elemento relativamente comum a todas as experiências históricas em torno do Estado social parece ter sido o nacionalismo. Este, todavia, apresentou-se sob os mais variados matizes, da intolerância extrema manifestada no nazismo até formas relativamente brandas e acolhedoras de patriotismo democrático como nos EUA. Mas de qualquer forma, o nacionalismo se colocou como um instrumento útil tanto aos objetivos externos, representados pelo expansionismo militarista, quanto para a "pacificação" interna – barragem contra o internacionalismo proletário no ocidente, ou contra o intervencionismo imperialista na URSS.

No entanto, a embalagem nacionalista que, de uma maneira geral, acompanhou a instituição do Estado social, não podia prescindir de um re-arranjo no "contrato social" de forma a distribuir melhor os benefícios obtidos com o processo de industrialização para um conjunto mais amplo da sociedade nacional – em especial, os trabalhadores, dado o perigo representado pela sedução da Revolução Bolchevique. Nunca antes uma concepção jurídico-política de Estado havia sido adotada, em tão pouco tempo, por tantos e diversos países.

> "A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram 'Estados sociais'. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930. (...) Ora, evidência tudo isso que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo!"[28]

De fato, o que podemos perceber é que, na medida em que se aprofunda a modernidade ocidental, a idéia de "igualdade", vai se tornando o mais importante fundamento de legitimidade para o poder político estatal. A consolidação do Estado social radicado nos mais variados parâmetros ideológicos e estruturado sob sistemas econômicos, senão antagônicos, radicalmente distintos, parece provar essa intuição.

Neste sentido, o Estado Social buscou ultrapassar a idéia de igualdade puramente formal, típica do liberal-individualismo, em busca de novos padrões de igualdade material, obtidos a partir da edição de novas legislações de caráter protetivo e pela concessão de prestações positivas, na forma de dinheiro (Previdência Social), serviços (saúde, educação), e bens de natureza elementar (alimentos, material escolar, etc.). O Estado social rompeu também com os padrões econômicos abstencionistas típicos do liberalismo democrático.

Para poder prover de forma eficaz a demanda por bens materiais e, sobretudo, para garantir-se o "pleno emprego" – uma das mais importantes reivindicações dos trabalhadores contra as políticas liberais por meio das quais se buscava superar as crises cíclicas da economia capitalista pelo recurso à recessão -, o Estado social se viu impelido a intervir fortemente na atividade econômica. Ademais, em inúmeras situações (como no Brasil da década de 1930), não existia capital privado nacional capacitado e em volume suficiente para bancar o processo de industrialização, ou para acelerar a acumulação de capital em níveis desejáveis para a disputa da hegemonia no mercado global

[28] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.

(Itália e Alemanha), cabendo então ao Estado, atuar diretamente na economia como verdadeiro Estado-empreendedor.

Os imperativos estratégicos de desenvolvimento de certos setores levaram até mesmo ao monopólio estatal de inúmeras atividades econômicas, jogando-se uma verdadeira "pá-de-cal" sobre os fundamentos ideológicos do liberalismo.

> "No correr do século, no entanto, a extensão de suas funções manifesta-se como exigência do processo de acumulação de capital, redobrada quando a realização do desenvolvimento é erigida à condição de ideal social. Em um quadro no qual, por um lado, a força de trabalho/mercadoria é o único bem que constitui propriedade de largas parcelas da população e, por outro, era imperiosa a necessidade de formação de poupanças para a reprodução do capital, por força se havia de convocar o Estado para suprir as insuficiências do sistema."[29]

A intervenção estatal na economia conheceu uma escalada ainda maior em função das duas grandes guerras. Isto ocorreu, dentre outros fatores, em razão do extraordinário esforço de mobilização que elas exigiram, da necessidade de se determinar previamente o investimento em razão da dinâmica tecnológica desencadeada pelo conflito, dos imperativos logísticos ditados pelo constante deslocamento do teatro de operações, bem como, da incorporação de boa parte da população ativa nas fileiras das forças armadas. Ademais, no período entre guerras, assistiu-se à derrocada de toda ordem financeira internacional, pressionada por movimentos especulativos, expressa pelo "estouro" da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929. O desarranjo estrutural que a ela se seguiu exigiu o abandono definitivo dos pressupostos teóricos até então ainda assentes da economia liberal.

Este ponto de inflexão marcou também o surgimento do pensamento econômico do Estado social, representado nos seus primórdios, sobretudo, pelo keynesianismo. Este atuou como fundamento teórico do *New Deal* nos EUA, responsável pela recuperação da economia do país após a grande depressão. Também orientou, em certa medida, a reconstrução da Europa e do Japão após a 2ª. Guerra, instituindo os marcos do que seria chamado de

[29] GRAU, Eros R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21.

welfare state - e da própria superação do Estado social pelo Estado Democrático Social de Direito, como mais adiante explicaremos.

O pensamento econômico do Estado social representado pelo keynesianismo também aprofundou o marco democrático e popular, ao apregoar uma forma de regulamentação e administração da economia pautada na expansão do consumo estatal, capaz de fomentar o pleno emprego, e tendo como base política de sustentação as classes trabalhadoras representadas pelos seus sindicatos. Obviamente, nos Estados sujeitos a um controle político autoritário, a relação entre Estado social e movimento sindical não se deu de forma negociada, por meio de alianças políticas entre grandes partidos de massas e os respectivos sindicatos, mas pela absorção destes pelo Estado social. Nestas circunstâncias, o Estado social assumiu feições meramente corporativistas, com os sindicatos transformados em prestadores de serviços estatais (assistência médica, odontológica, jurídica, social), em verdadeiras "correias de transmissão".

Mas de qualquer maneira, ficou estabelecido de forma definitiva um novo padrão de responsabilidade do Estado pelo destino dos seus cidadãos. Estabeleceram-se os novos marcos de uma concepção de solidariedade social marcada por um perfil nitidamente universalista, que requeria a justa participação de todos nos benefícios obtidos pelo desenvolvimento econômico. Isto implicou, inclusive, na universalização dos sistemas de saúde e, sobretudo, de educação pública, como condição para o aperfeiçoamento da capacidade competitiva da própria sociedade nacional.

> "Os anos 20 e 30 assinalam um grande passo para a constituição do *welfare state*. A Primeira Guerra Mundial, como mais tarde a Segunda, permite experimentar a maciça intervenção do Estado, tanto na produção (indústria bélica), como na distribuição (gêneros alimentícios e sanitários). A grande crise de 29, com as tensões sociais criadas pela inflação e pelo desemprego, provocou em todo o mundo ocidental um forte aumento de despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores. Mas as condições institucionais em que atuam tais políticas são radicalmente diversas: enquanto nos países nazifascistas a proteção ao trabalho é exercida por um regime totalitário, com estruturas de tipo corporativo, nos Estados Unidos do *New Deal*, a realização das políticas assistenciais se dá dentro das instituições políticas liberal-democráticas, mediante o fortalecimento do sindicato industrial, a orientação da despesa

> pública à manutenção do emprego e a criação de estruturas administrativas especializadas na gestão dos serviços sociais e do auxílio econômico aos necessitados. Mas é preciso chegar à Inglaterra dos anos 40 para encontrar a afirmação explícita do princípio fundamental do *welfare state*: independentemente de sua renda, todos os cidadãos, como tais, têm direito de ser protegidos – com pagamento de dinheiro ou serviços – contra situações de dependência de longa duração (velhice, invalidez) ou de curta (doença, desemprego, maternidade). O *slogan* dos trabalhistas ingleses em 1945, 'Participação justa de Todos', resume eficazmente o conceito de universalismo da contribuição que é fundamento do *welfare state*. Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, todos os Estados industrializados tomaram medidas que estendem a rede dos serviços sociais, instituem uma carga fiscal fortemente progressiva e intervêm na sustentação do emprego ou da renda dos desempregados."[30]

Neste ponto de nossa narrativa faz-se necessária uma distinção que julgamos apropriada (e que acreditamos estar historicamente assentada) entre os conceitos de *"Estado Social"* e de *"Estado D*emocrático *Social de Direito"*.

1.5 – O Estado Democrático Social de Direito

Como já afirmamos a pouco, a designação "Estado Social" é atribuível a um conjunto substancialmente largo de sociedades que, entre as últimas décadas do século XIX e a primeira metade do século XX romperam com os marcos da concepção liberal de Estado, sua percepção ultra-individualista da sociedade, seu abstencionismo econômico. Abandonando uma concepção puramente formal de igualdade jurídico-política em prol de uma ampla tutela político-social dos segmentos mais fragilizados da sociedade nacional, baseada em uma concepção material de igualdade e de práticas marcadas por uma incisiva intervenção estatal na economia. No entanto, como também frisamos o conceito de Estado Social não distingue vinculação alguma referente a campo ideológico, sistema econômico e, sobretudo, regime político. Situa-se nesse campo geral de ruptura com a tradição liberal, mas não constitui um plano relativamente comum de elementos capazes de lhe propiciar alguma unidade teórica, sustância ideológica e identidade política. Trata-se muito mais

[30] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 417.

de uma realidade de fato, um acontecimento histórico, do que de uma concepção jurídico-política de Estado.

Ao contrário, o Estado Democrático Social de Direito, não obstante ser ele também o corolário de um contexto histórico muito específico que se colocou com o fim da Segunda Guerra Mundial e se estendeu pelas décadas seguintes, não convive com a promiscuidade de formas teóricas, ideológicas e políticas típicas do Estado Social. No entanto, não há dúvidas quanto a ser ele um dos elos de sua evolução recente, bem como, o "Estado burocrático" que resultou do chamado "socialismo real". O que nos leva a concluir que, se o Estado Social filia-se ao contexto histórico marcado pela crise do "imperialismo" e da ideologia liberal, o Estado Democrático Social de Direito tem sua origem no âmbito de um mundo "pós-holocausto", bi-polarizado, marcado pela guerra fria e sua corrida armamentista. Um período de grandes transformações sociais e culturais, e de extraordinária aceleração tecnológica.

Uma interpretação analítica do conceito de Estado Democrático Social de Direito, decompondo (cartesianamente) suas partes, deixa claro que sua filiação ao velho Estado Social se dá pela tutela por ele dispensada aos segmentos mais frágeis da sociedade. Ou seja, por sua concepção solidária e igualitária da distribuição do ônus e dos benefícios da vida comunitária – não obstante sua adesão explícita à ordem econômica capitalista. É democrático na medida em que não admite outra forma de legitimação que não àquela pautada pelo assentimento popular, expresso no princípio majoritário e amparado no sufrágio universal. No entanto, em seu interior, a democracia, enquanto expressão da vontade da maioria (princípio majoritário) não constitui um valor absoluto, supremo. Isto porque, os fundamentos do "jogo" democrático devem estar assentados sobre o "Direito".

No caso presente, sobre uma Constituição na qual se institui os parâmetros elementares de uma dada sociabilidade, moldada por regras e princípios perenes, e dotados de supremacia em relação a todos os demais elementos que compõe a ordem jurídica. Neste sentido, o termo "direito" busca equilibrar-se com o termo "democrático", instituindo uma pauta de "direitos fundamentais" e protegendo-os contra eventuais arbitrariedades praticadas pelas "maiorias circunstanciais" – como as que sufragaram o nazismo e mostraram-se indiferentes ao holocausto. Neste sentido, o Estado Democrático

Social de Direito assume-se como herdeiro do constitucionalismo moderno e fundamenta as suas premissas políticas e filosóficas no âmago da tradição contratualista – contratualismo cujos contornos mais interessantes, em nossa opinião, foram reconhecidos e apresentados na obra de John Rawls.[31]

Algumas das questões acima mencionadas serão retomadas e aprofundadas nos próximos tópicos, ao abordarmos os aspectos normativos estruturantes do Estado Democrático Social de Direito. Por ora, nos parece oportuno um pequeno comentário sobre as relações entre este Estado Democrático Social de Direito e a idéia de *welfare state*. Isto porque, ambas são comumente traduzidas como sinônimas – o que não nos parece absolutamente correto.

De fato, o chamado *welfare state*, que começa a se projetar já no âmbito do Estado Social – como apontamos a pouco – se tornou uma espécie de vitrine do Estado Democrático Social de Direito. No entanto, trata-se apenas de um dos seus componentes, tendo no passado recente desempenhado um papel essencial para a sua legitimação político-social, mas não chegando necessariamente a constituir-lhe a sua essência.

A principal característica do *welfare state*, em nossa opinião, reside na formulação e aplicação de políticas públicas de amparo social e econômico pautadas por uma orientação "universalista". Ou seja, no bojo de sociedades de massas, nas quais boa parte da população era constituída por assalariados e pequenos produtores rurais e urbanos, com baixos níveis de remuneração e, eventualmente, arruinados e desempregados em função da destruição provocada pela 2ª. Guerra, políticas fundamentadas em uma solidariedade universalista se mostravam como as mais aptas para angariar ampla legitimidade política – atuando como elemento de contenção em relação aos apelos revolucionários brandidos pelo "socialismo real".

Ademais, o universalismo, sobretudo, no âmbito das políticas públicas de seguridade social e educação despontavam como elementos essenciais para o incremento da capacidade competitiva de cada Estado individualmente considerado no âmbito da nova divisão internacional do trabalho marcada pela

[31] cf. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997; **Liberalismo Político**. México, DF: Fundo de Cultura, 2003; **Justiça como Eqüidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003; **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; **O Direito dos Povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

disputa bi-polarizada entre duas superpotências. No caso específico da educação – sobretudo, de nível superior, ligada à pesquisa tecnológica -, o desenlace da 2ª. Guerra, com o desenvolvimento da tecnologia de foguetes e a energia nuclear, deixou claro que seria decisiva para a manutenção da segurança em todo o mundo no contexto da corrida armamentista que logo se instaurou. E de fato, a conjugação de todas essas políticas públicas com o movimento de reconstrução, que requeria o emprego de toda a força de trabalho disponível (para não falar da necessidade até do recurso à imigração em alguns países europeus) criou condições muito favoráveis ao desenvolvimento.

Tais fatores geraram um *boom* econômico extraordinário nos países ocidentais, nos quais, o Estado Democrático Social de Direito foi instaurado, dando início àquilo que Eric Hobsbawm chamou de “anos dourados”.

> “O grande *boom* mundial tornou possível para incontáveis famílias modestas – empregados de escritórios e funcionários públicos, lojistas e pequenos comerciantes, fazendeiros e, no Ocidente, até prósperos operários qualificados – pagar estudo em tempo integral para os filhos. O Estado de Bem-estar social ocidental, começando com os subsídios americanos para ex-pracinhas após 1945, ofereceu substancial auxílio estudantil de uma forma ou de outra, embora a maioria dos estudantes ainda esperasse uma vida claramente sem luxo. Em países democráticos e igualitários, uma espécie de direito dos formandos em escolas secundárias a passar automaticamente para escolas superiores era aceito com freqüência, a tal ponto que na França a admissão seletiva a uma universidade do Estado ainda era encarada como constitucionalmente impossível em 1991. (Nada desse tipo existia nos países socialistas) À medida que rapazes e moças recebiam educação superior, os governos – pois, fora dos EUA, Japão e uns poucos outros países, as universidades eram mais instituições públicas que privadas – multiplicavam o número de novos estabelecimentos para recebê-los, sobretudo na década de 1970, quando o número de universidades no mundo quase dobrou.”[32]

Temos então que, a implementação de políticas públicas de caráter universalista, que caracterizou o chamado *welfare state,* decorreu tanto da necessidade de atendimento de demandas inadiáveis colocadas por uma sociedade de massas criada pela industrialização em seu período de

[32] HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos – o breve século XX, 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 292.

maturidade, quanto dos imperativos políticos colocados pela disputa com o Estado burocrático do “socialismo real”.

E pelo que já foi exposto, acreditamos ter ficado claro que tais políticas foram muito bem sucedidas, tendo sido integralmente assumidas pelo Estado Democrático Social de Direito. Mas, como também já foi exposto, se o *welfare state* teve os seus fundamentos estabelecidos antes do surgimento do Estado Democrático Social de Direito, este também, por sua vez, não se confunde com ele – nem com a manutenção de políticas públicas de caráter universalista que o caracterizaram.

Ao contrário, ao afirmarmos a pouco, que no âmbito do Estado Democrático Social de Direito, o próprio princípio majoritário encontra-se contido pela tutela dos direitos fundamentais, especialmente aqueles estabelecidos em face das minorias contra as chamadas “maiorias circunstanciais”, buscamos deixar claro que no seu interior também se albergam políticas públicas caracterizadas pela segmentação (princípio da seletividade). Ou seja, pelo atendimento de grupos específicos, em razão de suas peculiaridades, que enquanto tais, não poderiam ser atendidas por políticas universalizantes.

Por este prisma, o princípio da igualdade, por exemplo, deixa de focar a sociedade como um todo, ou mesmo uma ampla parcela caracterizada por alguns elementos em comum – a baixa renda, por exemplo – e se voltam para categorias mais específicas, em função de aspectos objetivos que denotam sua vulnerabilidade ou hipossuficiência – mulheres, crianças, velhos, negros, deficientes, imigrantes, etc. Trata-se de tutelas que vão além da idéia já então assente de solidariedade universalizante e, portanto, um tanto quanto abstrata. Trata-se agora de se atingir um plano de fraternidade em relação a seres objetivados, portadores de demandas específicas, em relação aos quais políticas universalizantes teriam pouco que oferecer. Não basta, por exemplo, ao identificar-se na população pobre, um grande percentual de negros e mulheres, aplicar políticas universais de combate à pobreza na suposição de que tais políticas atingirão todos os sub-grupos ali reunidos de forma equivalente. Isto porque, ainda que todos venham a melhorar a sua condição em relação ao ponto de partida, brancos e homens, provavelmente aferirão

maiores e/ou melhores benefícios do que os outros, perpetuando-se assim a desigualdade.

Queremos deixar claro também que, a crise fiscal que se abateu sobre o *welfare state* desde meados da década de 70, não pode ser oposta, de *per si*, ao Estado Democrático Social de Direito. Aliás, os fundamentos dessa crise não se voltam contra uma concepção jurídico-política específica de Estado, mas radicam-se em uma transformação estrutural do sistema capitalista e, sob diversos aspectos, indicam o esgotamento e a superação do próprio "industrialismo" por novas formas de produção e consumo – que no seu limite apontam para o surgimento de uma sociedade pós-industrial ou "informacional".

1.6 – Crise e esgotamento do Estado moderno

Aliás, este mesmo processo, responsável pelo esgotamento do *welfare state*, foi também o grande responsável pela derrocada do "socialismo real" instituidor de um Estado social de tipo "burocrático". De fato, como apontamos a pouco, Estado Democrático Social de Direito e Estado burocrático foram as duas formas concorrentes assumidas pelo Estado Moderno no período posterior à 2ª. Guerra. As duas concepções concorrentes lastrearam seu fundamento de legitimidade em torno do "paradigma da igualdade".

Para satisfazê-lo, buscaram maximizar a produção de riqueza ampliando sucessivamente a produtividade do trabalho fabril e a exploração de recursos naturais. Tudo isso em meio a uma competição exasperante em torno da corrida armamentista. No entanto, os limites dessa competição se fizeram sentir no início da década de 70 com a primeira crise do petróleo. A partir de então, o sistema produtivo aprofundou diversos processos de inovação tecnológica que apontavam para novas formas de produção e consumo.

As matrizes de tais inovações tecnológicas foram geradas, grosso modo, pela própria corrida armamentista, e estão associadas à informatização e a outras tecnologias a ela intimamente articuladas, tais como, a automação dos processos de produção, a biotecnologia e a produção de novos materiais.

Por meio dessas novas tecnologias, a geração de riqueza deixou de se basear em um fundamento “quantitativo”, representado pelo aumento na oferta de matéria-prima e na redução do tempo de trabalho socialmente necessário para a produção de uma mercadoria (mais-valia), para basear-se em um fundamento “qualitativo”, radicado no uso intensivo do conhecimento capaz de gerar um processo ininterrupto de inovação. Trata-se daquilo que Joseph Schumpeter já havia definido na primeira metade do século XX como “ato empreendedor”. Uma tendência capaz de impor ao sistema econômico uma dinâmica inovadora, por meio da qual, uma empresa ou sociedade só pode manter a sua posição no mercado se for capaz de “sucatear” hoje o produto inovador que ela introduziu “ontem”, gerando um processo que Schumpeter definiu como “destruição criativa”.

Em um novo plano produtivo, em que a geração da riqueza não se vê mais determinada por fatores como planejamento e disciplina, mas pela criatividade e pelo senso de empreendimento, o Estado burocrático do “socialismo real” entrou rapidamente em colapso.

Quanto ao *welfare state* até então patrocinado pelo Estado Democrático Social de Direito, viu-se este fortemente questionado por “um novo paradigma,” colocado com grande ênfase a partir do fim da URSS e com o deslanchar do processo de globalização econômica: o “paradigma da eficiência” – que em seu limite se identifica com o “princípio da eficiência” propugnado por certas correntes da filosofia utilitarista e que foi criticado por Rawls conforme veremos na segunda parte desse trabalho.

Este paradigma foi apresentado por uma nova concepção jurídico-política de Estado que passou a ser denominada por “neoliberal”. Nessas novas condições, as políticas econômicas até então patrocinadas pelo Estado Democrático Social de Direito se inviabilizaram, e o próprio princípio da igualdade passou a ser amplamente combatido pelo paradigma da eficiência, obrigando então o desmonte de inúmeras políticas públicas que haviam caracterizado ao longo de mais de três décadas o *welfare state*.

> “O modelo keynesiano de crescimento capitalista, que levou prosperidade econômica sem precedentes e estabilidade social à maior parte das economias de mercado durante três décadas após as Segunda Guerra Mundial, atingiu as próprias limitações

> no início da década de 1970, e sua crise manifestou-se sob a forma de inflação desenfreada. Quando os aumentos no preço do petróleo em 1974-1979 ameaçavam desencadear uma espiral inflacionária incontrolável, governos e empresas engajaram-se em um processo de reestruturação mediante um método pragmático de tentativa e erro, que continuou durante a década de 1990. Mas, nessa década, houve um esforço mais decisivo a favor da desregulamentação, da privatização e do desmantelamento do contrato social entre capital e trabalho, que fundamentou a estabilidade do modelo de crescimento anterior. Em resumo, uma série de reformas, tanto no âmbito das instituições como do gerenciamento empresarial, visavam quatro objetivos principais: aprofundar a lógica capitalista de busca de lucro nas relações capital/trabalho; aumentar a produtividade do trabalho e do capital; globalizar a produção, circulação e mercados, aproveitando a oportunidade das condições mais vantajosas para a realização de lucros em todos os lugares; e direcionar o apoio estatal para ganhos de produtividade e competitividade das economias nacionais, frequentemente em detrimento da proteção social e das normas de interesse público. A inovação tecnológica e a transformação organizacional com enfoque na flexibilidade e na adaptabilidade foram absolutamente cruciais para garantir a velocidade e a eficiência da reestruturação. Pode-se afirmar que, sem a nova tecnologia da informação, o capitalismo global teria sido uma realidade muito limitada: o gerenciamento flexível teria sido limitado à redução de pessoal, e a nova rodada de gastos, tanto em bens de capital quanto em novos produtos para o consumidor, não teria sido suficiente para compensar a redução dos gastos públicos. Portanto, o informacionalismo, está ligado à expansão e ao rejuvenescimento do capitalismo, como o industrialismo estava ligado a sua constituição como modo de produção."[33]

Enfim, dado o atual estágio de desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais de produção, entendemos que, ainda que o Estado Democrático Social de Direito não se confunda com o *welfare state* (uma de suas múltiplas manifestações), tanto ele quanto a nova concepção jurídico-política concorrente (Estado neoliberal), caminham para o seu esgotamento. Isto porque, é o próprio Estado nacional, agente político estruturante da modernidade ocidental, que está a perecer, diante das novas formas de produção e consumo ditadas pela integração de todo o mercado mundial sob o influxo da globalização.

Ocorre que, foi exatamente em face deste Estado nacional que as sociedades modernas organizaram-se politicamente e a ele apresentaram a sua demanda por direitos, que ao longo dos últimos trezentos anos vêm se

[33] CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 55.

ampliando progressivamente. Com o seu esgotamento a quem nos dirigiremos? Que outra forma de estatalidade irá se constituir para substituí-lo no âmbito de uma sociedade pós-moderna e pós-industrial? Avançaremos para alguma modalidade de estatalidade global? Dada à inexorabilidade da globalização do capital, não seriam então o caso de se globalizar direitos? Ou será que neste novo plano político que se avizinha os direitos fundamentais até aqui incorporados ao patrimônio jurídico de boa parte da humanidade perecerão? Ou será que outros direitos fundamentais haverão de ser reivindicados e obtidos? O princípio da igualdade haverá de se manter como elemento nuclear do processo de legitimação política, ou será subsumido pelo princípio da eficiência? Nos limites estabelecidos para nossa investigação, não temos como responder satisfatoriamente a todas essas indagações. No entanto, a sua colocação se mostra necessária, ao menos, como baliza para algumas das reflexões que ora colocamos – e de outras que apresentaremos ao longo desse trabalho.

Sobretudo, na medida em que, para além de sua associação com um programa econômico específico (*welfare state*), o Estado Democrático Social de Direito vinculou-se organicamente (de uma maneira geral, por expressa positivação no texto constitucional) à tutela e a efetivação dos direitos fundamentais, ao incorporar ao seu âmago, o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Aliás, talvez tenha sido essa, a sua grande contribuição para o constitucionalismo contemporâneo – cujo ato inaugural se conformou no art. 1, 1 – da Constituição alemã de Bonn (1949), ao inscrever que: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”.

Ora, neste ponto de nossa argumentação, acreditamos já estar claro que a modernidade ocidental gerou uma instituição política fundamental, sem a qual ela própria não teria se constituído, representada pelo Estado-Nacional. Tal instituição, todavia, esteve sujeita a uma permanente transmutação de formas e/ou concepções jurídico-políticas (Estado nacional-absolutista; liberal-individualista; liberal-democrático; Estado Social; Estado Democrático Social de Direito; Estado burocrático do “socialismo real”; Estado neoliberal), frequentemente em conflito ou em concorrência entre si.

De fato, tais concepções de Estado, concorreram sob um plano em comum: a constituição e o desenvolvimento dos processos de industrialização e a evolução tecnológica que lhe foi correspondente. Ou seja, as concepções jurídico-políticas de Estado foram determinadas em razão do desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais de produção, mas tendo como fio condutor, uma necessidade ínsita ao "subsistema político"[34], referente à necessidade de legitimação. Esta por sua vez, ao longo de toda a modernidade ocidental, girou em torno do paradigma da igualdade.

E é exatamente neste sentido, que podemos também correlacionar a evolução do Estado Moderno, no seu sentido mais amplo, com a evolução do próprio constitucionalismo, em um processo histórico no qual se foram constituindo sucessivas "gerações" ou "dimensões" de "direitos fundamentais".[35] Todos eles intimamente articulados com a "igualdade", não obstante tenha se tornado um lugar-comum correlacioná-los aos três grandes bordões da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade), restringindo-se os direitos à igualdade à chamada 2ª. geração ou dimensão, e até mesmo, apresentá-los como em permanente conflito ou fricção. Em obra recente, Ronald Dworkin[36] procurou demonstrar a improcedência de tal correlação, apresentando a igualdade como sendo, de fato, a "virtude soberana" da comunidade política, sem a qual, nenhum governo poderia ser considerado legítimo, inexistindo qualquer contradição (ou hierarquia) entre os direitos à igualdade e aqueles vinculados à liberdade (e muito menos com os direitos relacionados à fraternidade).

No entanto, não resta dúvida de que, no interior de concepções jurídico-políticas específicas ao Estado Moderno, houve em um determinado momento, uma ênfase nos aspectos relacionados à liberdade (sobretudo, liberdade contratual, no âmbito princípio da autonomia privada) no contexto do Estado liberal-individualista e liberal-democrático. Bem como, tal ênfase recaiu sobre a igualdade material ou substancial no bojo do Estado Social, e aspectos referentes à fraternidade entre os povos, relacionados a direitos de titularidade

---

[34] Expressão aqui tomada no sentido a ela emprestado por LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
[35] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
[36] DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana – a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

difusa ou coletiva, afloraram com grande força no bojo do Estado Democrático Social de Direito.

Todavia, compreendendo tais gerações ou dimensões de direitos fundamentais, como ínsitas à sucessão de formas e/ou concepções jurídico-políticas inerentes a um fenômeno comum, representado pelo Estado Moderno, resta claro não apenas a compatibilidade da pauta de direitos referente a cada dimensão ou geração, mas a sua unidade e indivisibilidade. Sobretudo, na medida em que temos claro que os direitos fundamentais decorreram de reivindicações concretas, nas quais a injustiça e a agressão a bens elementares do ser humano incitaram diversas formas de reação e resistência. Daí porque também, a inconsistência de qualquer interpretação tendente a atribuir aos direitos fundamentais um significado transcendente, metafísico ou absoluto, retirando-os da seara da história, do embate dialético processado no âmbito do desenvolvimento contraditório das forças produtivas e das relações sociais de produção.

> "Ainda que se deva concordar com a lúcida ponderação de Paulo de T. Brandão, no sentido de que a divisibilidade dos direitos fundamentais em dimensões (ou gerações), assim como as demais tipologias elaboradas relativamente aos direitos fundamentais não logra, por si só, explicar de modo satisfatório toda a complexidade do processo de formação histórica e social dos direitos, não hesitamos em consignar que o breve olhar lançado sobe as diversas dimensões dos direitos fundamentais nos revela que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais, que se desprenderam – no mínimo, em grande parte – de sua concepção inicial de inspiração jusnaturalista. Alem disso, constata-se a pertinência da lição de Norberto Bobbio, ao sustentar, justamente com base nas transformações ocorridas na seara dos direitos fundamentais e reveladas plasticamente pela teoria das "gerações" de direitos, a ausência de um fundamento absoluto dos direitos fundamentais, temática que, por mais sedutora que possa ser, refoge aos limites da presente investigação. Importante é, neste particular, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano."[37]

Como não se espera que, a sociedade pós-moderna, tenha algum conteúdo intrinsecamente emancipatório ou redentor acreditamos que as novas formas de estatalidade que vierem a surgir deverão necessariamente incorporar e conservar boa parte do rol de direitos reconhecidos ao longo dos últimos séculos. Ao mesmo tempo, deverá encontrar os meios necessários para a concessão de outros que passarão a ser reivindicados em razão das novas condições e contradições que fatalmente surgirão com o desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais de produção sob as novas circunstâncias ditadas por sua infra-estrutura econômica pós-industrial. Afinal de contas, nada está a indicar o fim iminente da luta de classes. Aos direitos fundamentais de 3ª., dimensão se agregarão outros, de 4ª., 5ª., dimensão, enfim, o ciclo parece longe de se encerrar, e a marcha civilzatória, esperamos que continue a seguir.

No mais, não podemos também prever em que momento se dará, em definitivo, essa transição de uma sociedade moderna para uma outra pós-moderna. Por isso, não obstante a sedução do espírito especulativo que guiou nossas últimas reflexões parece-nos prudente, aprofundar nossa compreensão acerca dos elementos de natureza normativa que caracterizaram o Estado Democrático Social de Direito em geral e, de forma especial, a sua constituição, desenvolvimento e peculiaridades no âmbito da sociedade brasileira. Até porque, face ao seu novo contraponto representado pelas concepções neoliberais, é sobre este Estado Democrático Social de Direito que nos sentimos autorizados a depositar nossas mais sinceras esperanças de uma sociedade mais justa e solidária que haveremos de construir.

---

[37] SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 60-61.

CAPÍTULO 2º: ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO: FORMAS DE INSTITUIÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA.

Após situarmos as premissas gerais que caracterizam o Estado Democrático Social de Direito no âmbito da evolução geral do Estado Moderno, passaremos agora a discorrer sobre alguns aspectos que nos interessam de forma mais específica. De saída, passaremos à exposição de algumas experiências históricas relativas à implantação desta concepção de Estado, dando destaque para suas nuances e peculiaridades, visto que, não obstante existir um conjunto básico de elementos que o constituem, o Estado Democrático Social de Direito não se instituiu com base em um "modelo único". Características históricas relativas a aspectos políticos, sociais, econômicos e culturais, acabaram por impor certos traços distintivos entre as diversas sociedades que o adotaram. Para os objetivos de nosso estudo, decidimos recortar quatro experiências históricas diversas – além da brasileira, que será

exposta a seguir. Tratam-se, pois, da implementação do Estado Democrático Social de Direito na Inglaterra, nos EUA, na Alemanha e, em Portugal.

Foram experiências jurídico-políticas implementadas ao longo de um período de aproximadamente três décadas, nas quais, essa concepção de Estado pôde ser teorizada, implementada e testada sob circunstâncias muito distintas. Não temos aqui, neste espaço, a intenção de proceder a uma reconstrução minuciosa de tais experiências, mas de expô-las de forma panorâmica, com o intuito de trazer algumas referências históricas e normativas para a interpretação da realidade brasileira - que faremos em seguida.

Devido às peculiaridades dos sistemas jurídicos ora apreciados, sobretudo, em função da grande divisão que coloca a experiência inglesa e norte-americana no âmbito da tradição jurídica anglo-saxônica e, de outro lado, alemães e portugueses como representantes da tradição romano-germânica, perceberemos uma clara distinção na abordagem dos dois grupos. Isto porque, no caso da experiência britânica, devido às peculiaridades do seu direito e do seu Poder Judiciário, as questões controversas colocadas pelo Estado Democrático Social de Direito não chegaram a passar por um processo de judicialização. De uma maneira geral, elas são tratadas e resolvidas no plano estritamente político-administrativo, com os eventuais enfrentamentos sendo protagonizados e resolvidos no âmbito da sociedade civil e do Parlamento. Já nos EUA, seja no movimento que levou à constituição do Estado Social, no bojo da implantação do *New Deal* e, sobretudo, no processo que conduziu ao aperfeiçoamento dessa concepção em torno de um Estado Democrático Social de Direito, assistiu-se a uma intensa judicialização em torno dos seus aspectos mais polêmicos.

No entanto, foi no contexto da experiência alemã e portuguesa, dado o altíssimo grau de formalismo característico da tradição jurídica romano-germânica, que a judicialização dos conflitos de interesse que afloraram em torno da ordem constitucional que instituiu essa nova concepção de Estado propiciou o desenvolvimento teórico-doutrinário, legislativo e jurisprudencial de um novo universo normativo. O desenvolvimento dessa nova concepção de normatividade, em boa medida fundamentada na constitucionalização de “princípios” e em uma peculiar articulação desses com as chamadas “regras”

jurídicas engendraram um novo conceito de Constituição, a partir de então concebida como um “sistema normativo aberto de regras e de princípios”. Esse novo entendimento, que no plano da teoria geral do direito, representou um esforço de superação do pensamento positivista dos anos 20-30, representado, sobretudo, por Hans Kelsen, seria mais tarde conhecido como “pós-positivismo” ou “normativismo por princípios”. Ele permeia toda a experiência constitucional alemã do pós-guerra e a portuguesa – posterior à Revolução dos Cravos e à promulgação da Constituição de 1976. Foi com base nele que tivemos o desenvolvimento das chamadas “Constituições diretivas”, nas quais a institucionalização de uma dada ordem jurídica através de uma Constituição deixa de ser vista apenas como uma necessidade de estabilização do *status quo* – como ocorria no âmbito do pensamento jurídico liberal -, e passa a ser, de fato, encarada como um “contrato social”. Por meio deste, os representantes de distintos e antagônicos interesses põe-se de acordo em torno de um modelo de sociedade que se projeta no futuro, que impõe tarefas e vincula os poderes estatais à sua concretização. Foi essa tradição jurídica que chegou até nós e que influenciou profundamente o Congresso nacional constituinte que elaborou a Constituição de 1988 e os aportes doutrinários que a partir de então sobre ela se fizeram.

Foi em razão dessas peculiaridades que o presente trabalho dispensou uma atenção distinta em relação às quatro experiências históricas ora comentadas. Enquanto a experiência britânica recebeu uma abordagem rápida e global, a norte-americana foi desdobrada em dois tópicos. O primeiro tópico – que basicamente corresponde às características que marcaram a adoção do Estado Social nos EUA – será apresentado nessa primeira parte da dissertação, e o segundo tópico – referente à institucionalização de um Estado Democrático Social de Direito através da tutela dos direitos fundamentais, com destaque especial para a apreciação das chamadas “ações afirmativas” –, na terceira e última parte desse trabalho. Já a experiência alemã e portuguesa, que influenciou de forma especialmente intensa a nossa história constitucional recente, em especial em torno dos conceitos e institutos que caracterizam o perfil do Estado Democrático Social de Direito adotado pela Constituição de 1988, receberão um tratamento mais extenso e pormenorizado. Afinal, muitos desses conceitos e instituições foram transpostos para o nosso texto

constitucional, e a compreensão acerca das suas peculiaridades de origem, pode nos ajudar a entender melhor como se deu a sua implementação no interior da ordem jurídico-constitucional brasileira, apontando eventuais equívocos e sugerindo correções.

2.1 - Inglaterra: o consenso do pós-guerra e o Relatório Beveridge

A Inglaterra foi o primeiro Estado a institucionalizar, por meio de uma série de políticas públicas e de leis votadas no Parlamento, um arcabouço jurídico-normativo caracterizador daquilo que ora denominamos por Estado Democrático Social de Direito. Tendo se constituído no "berço" da Revolução Industrial, palco dos primeiros e de alguns dos mais intensos conflitos entre o capital e o trabalho, pátria do liberal-individualismo e local a partir de onde afloraram as raízes sindicalismo moderno, foram os britânicos os primeiros a experimentar essa nova concepção jurídico-política de Estado.

Sua implantação remonta aos momentos imediatamente posteriores ao fim da Segunda Guerra Mundial, quando o Partido Trabalhista, liderado por Clement Attlee (1883-1967), derrotou o Partido Conservador, então liderado por Winston Churchill – que havia governado a Inglaterra durante o conflito. Attlee governou o Reino Unido de maio de 1945 até 1951, e ao longo desse período, foi o grande responsável tanto pela recuperação econômica dos país destruido pela guerra, quanto pela instituição de novos padrões de seguridade social que se tornariam uma marca registrada do *welfare state* em particular e do Estado Democrático Social de Direito em geral. Na época, a muitos causou estranhesa a vitória trabalhista após a extraordinária liderança exercida por Churchill durante os anos de guerra, no entanto, ao que parece, os ingleses entenderam que o melhor governo durante um período de conflito generalizado, não seria, necessariamente, o mais indicado para a reconstrução e para guiar a nação a um novo patamar de prosperidade econômica e de justiça social.

No entanto, se coube indiscutivelmente a Attlee e ao Partido Trabalhista o mérito da iniciativa referente à institucionalização de um Estado Democrático

Social de Direito no Reino Unido, as bases para a execução desse projeto foram construídas em um período anterior. Isto se deu graças a uma compreenção comum a todas as forças políticas no país relativas às condições de vida que o Estado deveria proporcionar à população depois do que dela exigiu e recebeu durante o esforço de guerra. Quanto aos fundamentos teóricos e os mecanismos de implementação das políticas públicas correspondentes, possuem a sua origem no ano de 1942, quando da instituição do Seguro Social pelo Parlamento e a elaboração, também por sua solicitação, do chamado “Relatório Beveridge”.

Tanto o programa de Seguro Social, um aperfeiçoamento significativo em relação ao Seguro Nacional introduzido em 1911 por Lloyd George e tido como o marco do Estado Social inglês, quanto o referido Relatório foram elaborados por Willian Beveridge. Advogado e Economista, conhecido como reformador social e profundo admirador da obra de John Maynard Keynes, foi autor de obras de referência para o pensamento econômico do Estado Social, tais como: “Seguro Social e Serviço Aliado” de 1942 (que ficou conhecido como Relatório Beveridge), “Pleno Emprego em uma Sociedade Livre (1944), “A Economia do Pleno Emprego” (1945).

Sua proposta de Seguro Social pode ser resumida por meio da instituição de uma contribuição semanal a ser recolhida de cada indivíduo em idade e condições de trabalhar e paga a um Seguro Nacional. Como contrapartida, todos os cidadãos passariam a ter direito a um benefício que seria pago em situações de doença, invalidez, velhice, desemprego ou aposentadoria. Tal seguro, seria ainda utilizado como forma de complementação de renda, visto que, uma vez fixado um piso nacional, um padrão mínimo de sobrevivência, nenhum cidadão poderia viver recebendo rendimentos abaixo daquele padrão. Sob a direção do mesmo Beveridge, os trabalhistas introduziram um novo Sistema Nacional de Benefícios em 1948, com o intuito de oferecer “segurança social” de modo a que a população fose protegida do “berço até a sepultura”. Como desdobramento dessa iniciativa, e com vistas a aprofundar o modelo de bem-estar social ali delineado, os trabalhistas recorreram a Beveridge para a formulação de Serviço Nacional de Saúde. Este instituiu o direito universal de atendimento e tratamento médico-hospitalar, cobrindo todas as situações de enfermidade e disponibilizado a

todos os cidadãos independentemente de contribuição. Tal serviço foi organizado em departamentos, que incluiam também serviços de reabilitação oferecidos a todos os cidadãos que dele necessitassem.

Foi em torno do Relatório Beveridge que se tornou possível a construlção do chamado “consenso do pós-guerra”, termos em que, não obstante as políticas instituidoras do Estado Democrático Social de Direito tenham sido introduzidas pelo Partido Trabalhista, os seus fundamentos foram aceitos e mantidos por todas as forças políticas do Reino Unido ao longo de décadas. Tal circunstância, só se tornou possível graças a habilidade de Beveridge, cuja argumentação se dirigiu prioritariamente aos conservadores – que de início opuseram resistência ao projeto – persuadindo-os no sentido de mostrar que a implementação de tais instituições aumentariam a competitividade da industria britânica no período do pós-guerra, não apenas deslocando custos até então incidentes sobre as empresas, como seguro-médico e pensões (agora absorvidos pelo Poder Público), como também propiciaria o surgimento de uma classe trabalhadora mais saudável, com maior capacidade de consumo e motivação, ampliando significativamente a sua produtividade, e incrementando o mercado interno do país.

Beveridge defendeu e os trabalhistas assumiram o compromisso com o pleno-emprego como a espinha-dorsal da nova concepção de Estado que então se propunha a implementar. Para melhor balizar tal objetivo, entendeu-se que uma taxa de desemprego compatível com a política de pleno-emprego não poderia ultrapassar a 3% ao ano. Para atingir-se tal objetivo, recorreu-se a um conjunto de medidas alternativas, no âmbito de uma reforma fiscal de inspiração keynesiana, facultando-se ao Estado o controle direto sobre os meios de produção que entendesse estratégicos para os objetivos do país – sendo que o maior de todos esses objetivos deveria ser atingir a justiça social capaz de construir uma nova sociedade no pós-guerra. Neste sentido, o governo trabalhista optou também por empreender um plano de nacionalizações que incluíam industrias de base, tais como a bélica, a siderúgica, as estradas de ferro, chegando até mesmo à criação de um sistema de parques nacionais.

Não obstante tenha sido o primeiro modelo de Estado Democrático Social de Direito a se constituir, a experiência inglesa foi também a primeira a

ser parcialmente desmontada em razão da inflexão neoliberal, que teve lá também, sob o governo de Margaret Thatcher, a sua origem a partir de 1979. No entanto, não obstante o retrocesso promovido pela Primeira Ministra no âmbito das nacionalizações (todas as empresas foram re-privatizadas), nas relações com o movimento sindical, em especial, com o abandono da política de pleno-emprego, e na subtração ou redução de alguns serviços sociais, a base do Estado Democrático Social de Direito foi mantida. Sobretudo, as estruturas fundamentais do Sistema de Seguridade Social – tendo sido até ampliada recentemente sobre um novo governo trabalhista liderado por Tony Blair.

Todavia, dadas as características peculiares, tanto do Direito quanto do Judiciáro no Reino Unido, não houve ali um desenvolvimento jurídico-normativo do Estado Democrático Social de Direito. Diferentemente, diga-se de passagem, do que ocorreu nos EUA, ainda que de forma relativamente limitada. E, sobretudo, do que veio a se manifestar nos países pertencentes à tradição jurídica romano-germânica (como Alemanha e Portugal), nos quais a introdução – por expressa determinação constitucional – do Estado Democrático Social de Direito redundou em um extenso desenvolvimento de uma normatividade voltada para a tutela dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, produzida tanto na via legislativa, quanto na administrativa, e na jurisdicional.

2.2 - EUA: ativismo judicial e tutela dos direitos fundamentais

Se é certo que a Inglaterra foi o berço do pensamento liberal, também o é o fato de que nos EUA tal concepção encontrou o solo fértil no qual desenvolveu raízes profundas e robustas. Fundamentou filosoficamente a ruptura do pacto colonial sob o pálio da emancipação do homem de qualquer forma de opressão. Também orientou sua utopia política e econômica plasmada em uma Constituição enxuta. De forma que, no âmbito do liberalismo norte-americano, havia em seus primórdios uma clara desconfiança em relação à intervenção do Estado na sociedade, sendo que, alguns dos seus

pensadores originários, pareciam ver nele uma espécie de mal necessário. Por isso, o desenvolvimento do Estado Social nos EUA enfrentou objeções – oriundas, sobretudo, do Poder Judiciário – que não se manifestaram em outras sociedades. Por outro lado, e para alguns de forma paradoxal, o mesmo Poder Judiciário que em um primeiro momento se opôs ao desenvolvimento do Estado Social, tornou-se, após a Segunda Guerra Mundial, o grande responsável pela institucionalização de um efetivo Estado Democrático Social de Direito. Vejamos como se desenvolveu o referido itinerário.

Ainda que os EUA não tenham adotado uma separação rígida entre o direito público (constitucional) e o privado (civil), nos termos em que observamos, por exemplo, na França[38], isto não significou, de início, uma menor autonomia do direito privado em relação ao público. Muito pelo contrário, a norma constitucional, ancorada no princípio da supremacia da Constituição, funcionou como um poderoso baluarte na defesa do princípio da autonomia da vontade, impedindo o Estado de legislar acerca de determinados temas que se entendia como exclusivos do âmbito de interesse dos sujeitos privados que regulam mutuamente suas relações através de normas que eles próprios criam – os contratos.

Neste sentido, pronunciou-se diversas vezes a Suprema Corte, quando instada através do mecanismo do controle de constitucionalidade (por ela reconhecido pela primeira vez em 1803 no celebre julgamento do caso Marbury Vs. Madison) a se manifestar a respeito de normas editadas pelo poder público – sobretudo no âmbito dos estados – consideradas invasivas frente à autonomia privada dos contratantes. Tanto que, por volta do final do século XIX, quando o governo dos EUA tentou aprofundar um pouco mais o seu papel regulamentar na economia, após a edição de uma legislação anti-truste, que objetivava refrear alguns aspectos claramente perniciosos estabelecidos pelo controle monopolístico do mercado por algumas grandes corporações, a Suprema Corte se insurgiu contra aquilo que considerou intervencionismo indevido do Estado na ordem econômica.

[38] País no qual, o Código Civil Napoleônico, era considerado a “Constituição do cidadão comum”, e a Constituição da República, uma espécie de “Código de Direito Público”, mantendo as duas esferas uma clara eqüidistância entre si, e por isso, inexistindo no âmbito da ordem jurídica francesa, o princípio da supremacia da constituição e um conseqüente controle de constitucionalidade.

E, como conseqüência dessa refrega, tivemos a elaboração em sede jurisprudencial e doutrinária da teoria do “devido processo legal substantivo” (*substantive due process*) – desdobramento constitucional do devido processo legal adjetivo, ou instrumental (*procedural due process*), voltado para a garantia processual da tutela relativa à liberdade, à propriedade e a vida.

Por meio do *substantive due process*, o Poder Judiciário arvorou para si a competência para avaliar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo expedido pelo executivo ou pelo legislativo, invadindo-se o âmbito do que se supunha estar no campo de sua discricionariedade política, e avaliando o ato à luz dos princípios da “razoabilidade” e da “proporcionalidade”. Tratou-se então do início de uma prática que mais tarde ficaria conhecida como “ativismo judicial”.

Percebia-se nesse momento, que o conjunto de princípios e valores que orientavam as decisões tomadas pelos magistrados da Suprema Corte expressavam os valores dominantes em uma sociedade “cujo principal negócio são os negócios”. Ou seja, o espírito privatista, patrimonial, a ambição legitimada por uma ética protestante fundada no mito do *self made mam*, calava alto na sociedade e em suas principais instituições. Por isso é que o direito público (constitucional) se colocava como a principal garantia da autonomia do direito privado. Isto ficou evidente, por exemplo, quando do julgamento do caso Lochner Vs. New York, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual que tentava regulamentar interesses trabalhistas relativos à jornada de trabalho e a salários porque entendia que a mesma invadia a liberdade contratual.

> “A doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século passado, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado no *laissez-faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados. (...) A decisão que melhor simbolizou este período, todavia, foi proferida em Lochner Vs. New York, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de N. York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras

> leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres. Este período ficou conhecido como era Lochner"[39]

É preciso antes de mais nada que se diga que o posicionamento da Suprema Corte em relação ao princípio da autonomia privada estava absolutamente de acordo com uma interpretação razoável do texto constitucional - e como já foi dito, com a cultura média da sociedade de então. No entanto, a jurisdição constitucional nos EUA, possui determinadas peculiaridades que acabaram por singularizar o seu sistema. Dentre estas, merece destaque o fenômeno da "mutação constitucional".

Há muitos chama a atenção, e para alguns talvez gere até perplexidade, o fato da ordem jurídica nos EUA manter-se por mais de 200 anos com base em um mesmo texto, composto por um numero reduzido de artigos, tendo sofrido ao longo de sua existência apenas 27 emendas. Todavia, outros interpretes, chamam a atenção para o fato da Constituição norte-americana, estruturada com base em um texto sintético e principiológico, permitir que a mudança de sua compreensão, do seu sentido e, a abrangência dos seus princípios, possam se dar através de mutações interpretativas. Aliás, de certa forma, trata-se mesmo de uma exigência política, dado o complexo processo de emenda constitucional, que exige tanto para as emendas aditivas, quanto para as supressivas, participação dos estados.

Ou seja, a Constituição não se confunde com o texto constitucional, este se coloca apenas como suporte de um conjunto harmônico de valores e de princípios que requerem permanentemente a interpretação como atividade jurídica mediadora para a sua realização. E a interpretação da Constituição estará sempre condicionada pelo jogo cambiante dos interesses sociais e políticos em permanente conflito. Trata-se de um processo no qual a velha metáfora de Marx[40] relativa à relação entre infraestrutura (material) e

---

[39] BARROSO, Luís Roberto. **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. In Estudos de Direito Constitucional – homenagem a Paulo Bonavides. SOARES, José Ronald Cavalcante (org). São Paulo: LTr, 2001, p.321-322.

[40] "Na produção material de sua existência, os homens, estabelecem relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e a qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência.

superestrutura (jurídico-ideológica) se encaixa com rara precisão. Ou seja, a infraestrutura (ou sociedade civil em seu sentido hegeliano[41]) conforma o sentido geral das superestrutura (Estado e os seus aparelhos ideológicos em seu sentido althusseriano[42]), que uma vez constituída, ganha relativa autonomia e passa a influenciar a evolução da infraestrutura a partir da qual se constituiu. Um movimento dialético dotado de uma complexa simetria.

> "Constituição não é texto. O texto é um sistema de significantes aos quais atribuímos significados. Neste sentido toda leitura de um texto, significa atribuição de sentidos e atribuição de sentidos significa atribuir valores, valores estes que mudam com a mudança da sociedade. A sociedade muda através das contradições e conflitos internos e externos. Logo, quando muda a sociedade, mudam os valores, logo mudam os conceitos das palavras (significantes), aos quais, portanto, passamos atribuir novos significados. O processo evolutivo da Constituição dos EUA ocorre principalmente através das suas mutações interpretativas, decorrentes da evolução de valores de uma sociedade em permanente conflito".[43]

Tal movimento realizou-se concretamente em diversos momentos ao longo da evolução contemporânea da sociedade norte-americana. Dentre estes, merece destaque para o nosso trabalho, o contexto histórico-político que se colocou a partir da quebra da bolsa-de-valores de Nova Iorque, que deu início à chamada "grande depressão".

Como já mencionado no corpo desse trabalho, o colapso financeiro de 1929 foi conseqüência de uma mirabolante "bolha especulativa", desencadeada pela ambição inescrupulosa de alguns investidores, mas em total conformidade com o espírito da ideologia liberal-individualista, da apologia do risco, da fé cega na "mão invisível" que supostamente guiaria o mercado.

Mas, as conseqüências (desastrosas) desse salvo-conduto, concedido pela ordem jurídica a estes "empreendedores privados", atingiram a totalidade

---

Em certo estágio de desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que é a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade no seio das quais se tinham movido até então. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, estas relações transformam-se no seu entrave. Surge então uma época de revolução social". MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. São Paulo: Matins Fontes, 1983, p. 24-25.

[41] HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia del Espiritu**. México, DF: Fondo de Cultura, 1991.

[42] ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

[43] MAGALHÃES, José Luís Quadros de. **O Constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição**. Jus Navigandi, Teresina. ª 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em : http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5769. Acesso em: 22 jan. 2005, p. 02.

da sociedade nacional, com o agravante de as conseqüências mais perversas, recaírem (como normalmente ocorre) sobre os segmentos mais fragilizados da comunidade política. Ou seja, os trabalhadores, acabaram suportando um ônus nos períodos de depressão, extremamente desproporcional ao bônus obtido nos períodos de expansão econômica.

Por isso, percebeu-se a necessidade de se estabelecer preceitos jurídicos que obrigassem o segmento empresarial a assumir – individual e coletivamente - todos os riscos que a atividade econômica livre e criativa requer. Isto implicava na criação de uma complexa (e custosa) rede de proteção social – *conditio sine quae nom* – para impedir-se a desagregação da sociedade em um momento em que o desemprego atingiu níveis desesperadores.

Fundamentando-se nos ensinamentos de John M. Keynes, instituiu-se nos EUA a partir de 1932, um ambicioso plano de reestruturação da economia. Tal conjunto de medidas, não se contentava em combater as conseqüências da crise com políticas assistencialistas, mas aproveitava-se da tragédia (que reduziu drasticamente o valor da força de trabalho) para utilizá-la como força propulsora de um grande esforço de investimento do Estado. Tal intento tinha por objetivo a criação de novas condições para a retomada da produção econômica, assumindo o Estado, a condição de principal cliente e - em certas circunstâncias - de empresário da sociedade.

Em suma, o conjunto de políticas públicas destinadas à recuperação da economia pós-crise de 1929, que ficou conhecido como *New Deal*, representou no plano prático e ideológico, uma ruptura completa com os preceitos estabelecidos pela ordem jurídica liberal-individualista. Transitou-se de uma ordem ultra-liberal para outra marcada por um forte intervencionismo estatal na economia, ultrapassando as noções até então assentes de autonomia jurídica privada, propriedade privada e liberdade contratual.

Em um primeiro momento, logo após adoção de algumas políticas públicas do *jaez* acima exposto, o Poder Judiciário, em geral, e a Suprema Corte em particular, tenderam a opor resistências a essa mudança de enfoque. Apegados à sua própria tradição e a posições já de muito cristalizadas no âmbito do seu pensamento jurídico, a “superestrutura” em princípio resistiu.

No entanto, a urgência das circunstâncias articulada a uma profunda mudança na correlação de forças no âmbito da sociedade e dos demais poderes do Estado acabou por gerar um fato novo. Estando a iniciativa política com Poder Executivo, que com a reeleição do Presidente Franklin D. Roosevelt sentia-se amplamente legitimado, ameaçou até mesmo deflagrar uma inédita confrontação institucional, obrigando a Suprema Corte a vergar-se às circunstâncias, e a encarar o texto constitucional sob um novo prisma, adequado àquele momento histórico. Tratou então a Suprema Corte de interpretar o texto constitucional de tal modo a torná-lo apto a enfrentar de forma afirmativa o novo contexto sócio-econômico trazido pela grande depressão.

> "Sua superação [do entendimento firmado durante a era Lochner] se deu pelo advento do *New Deal*, após a crise de 1929. Eleito presidente em 1932, Franklin Roosevelt deu início à edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico. Em 1935, os casos em que esta legislação era contestada começaram a chegar à Suprema Corte, que fiel à doutrina Lochner e hostil ao intervencionismo estatal, passou a invalidar diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica. Neste ano, ao julgar o caso Schechter Poultry Corp. Vs. United States, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 1933, reputada essencial para a continuidade da ação governamental, e que continha normas sobre concorrência desleal, preços e salários, jornada de trabalho e negociações coletivas. Estabeleceu-se um confronto entre o Legislativo e o Judiciário. Reeleito em 1936, no início do ano seguinte Franklin Roosevelt envia uma mensagem legislativa ao Congresso modificando a composição da Suprema Corte, com vistas a obter maioria naquele colegiado. Conhecida como *court-packing plan*, a lei não foi aprovada pelo Congresso. Mas pressionada, a Suprema Corte mudou sua orientação e abdicou do exame de mérito das normas de cunho econômico, encerrando o controle substantivo de tais leis".[44]

Este episódio, repleto de lances de enfrentamento, mas sempre dentro da institucionalidade e de uma grande sensibilidade diante da realidade política do país, define com precisão as peculiaridades do sistema jurídico norte-americano. Em especial a capacidade deste sistema para ajustar a ordem

[44] BARROSO, Luís Roberto. **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. In Estudos de Direito Constitucional – homenagem a Paulo Bonavides. Soares, José Ronald Cavalcante (org.). São Paulo: Ltr, 2001, p. 323.

constitucional às transformações da realidade, utilizando a normatividade para oferecer soluções, e não cristalizar privilégios ou estimular impasses.

O instrumento da "mutação constitucional" acabou por viabilizar, no âmbito da sociedade norte-americana, a transição de uma ordem jurídica liberal-individualista (fundada em uma ampla autonomia do direito privado em relação ao direito público), para uma nova ordem. Esta se caracterizou pelo enquadramento do direito privado a partir dos princípios estabelecidos pelo direito constitucional, fundamentados na busca do bem estar coletivo - aquilo que os europeus denominaram por *welfare state*.

> "Talvez o exemplo mais claro disto tenha sido a passagem de uma Constituição liberal para uma Constituição social, sem a alteração do texto, sem um processo formal de reforma e sem um novo processo constituinte. Houve uma mudança de compreensão do texto no que diz respeito a admissão da possibilidade de uma forte intervenção do Estado no domínio econômico, o que marca a introdução do Welfare State nos Estados Unidos, a partir do governo Roosevelt na década de 1930 e 1940, adotando um modelo econômico intervencionista de base teórica keynesiano-fordista".[45]

O salto para um patamar superior, representado pela transição do Estado Social para o Estado Democrático Social de Direito, veio após a 2ª. Guerra. Este novo contexto teve como objeto fundamental o reconhecimento e a tutela dos chamados "direitos civis" (uma pauta elementar de direitos fundamentais). Tais direitos foram atribuídos aos denominados "grupos minoritários", sendo que em seu limite, chegou-se à instituição e à validação jurisdicional das chamadas "ações afirmativas" – um dos objetos nucleares dessa dissertação. No entanto, o desenvolvimento desse itinerário será realizado na terceira parte do presente trabalho, quando abordaremos o conceito e o surgimento das ações afirmativas nos EUA. Por ora, nos contentamos em apontar, em linhas gerais, os elementos que viabilizaram a transição para o Estado social.

---

[45] MAGALHÃES, José Luís Quadros de. **O Constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição**. Jus Navigandi, Teresina. ª 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em : http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5769. Acesso em: 22 jan. 2005, p. 07-08.

2.3 - Alemanha: a Constituição de Bonn e a positivação do Estado Democrático Social de Direito

Do ponto de vista da tradição jurídica romano-germânica, o surgimento da Constituição alemã de Bonn, em 1949, foi a mais importante contribuição para o desenvolvimento contemporâneo do Estado Democrático Social de Direito. De saída, porque foi ela a primeira a introduzir um dispositivo explícito, transformando em princípio constitucional essa concepção jurídico-política de Estado, com todos os desdobramentos que lhe são inerentes – conforme veremos a seguir. Depois porque influenciou todo o movimento constitucionalista posterior, irradiando seus valores e persuandindo pelo seu exemplo e pelos resultados obtidos. O destaque e a influência obtidas pela Constituição de Bonn chamam a atenção, sobretudo, na medida em que sabemos que outras Constituições surgiram quase que simultaneamente, inclusive no próprio continente europeu e com características muito semelhantes, também inseridas no âmbito de um Estado Democrático Social de Direito, mas sem obterem no plano internacional a mesma repercussão – como a Constituição da Itália, também de 1949.

Ao que parece, o destaque angariado pela Constituição de Bonn se deveu em boa parte à dinâmica dos acontecimentos que envolveram a Alemanha, desde as circunstâncias que levaram à 1ª. Guerra até os acontecimentos que lhe foram posteriores. Dentre estes, poderíamos enumerar aperfeiçoamento do Estado Social com a Constituição de Weimar em 1919, os levantes comunista (1919) e nacional-socialista (1923), o colapso econômico que se seguiu ao “crak” de 1929, à posterior ascensão do nazismo “pelo voto”, a perseguição interna aos dissidentes políticos (sobretudo os comunistas), o “progrom” judaico, a opção pela guerra total, a derrota e a ocupação militar do país. E, sobretudo, a desfaçatez diante do holocausto. Tudo isso fraturou profundamente os alicerces políticos, econômicos, e sócio-culturais da sociedade alemã. Abalou a sua própria identidade, gerando uma profunda perplexidade junto a toda a sua população, misturando sentimentos de culpa e vergonha com a solidariedade que naturalmente surge entre indivíduos que compartilham as conseqüências de uma catastrofe de proporções

monumentais. Tudo isso exigia um grande esforço de reconstrução nacional, não apenas da infra-estrutura econômica do país, mas do sentido mais profundo da própria sociabilidade dos alemães. E tal reconstrução começou pela sua ordem jurídica, por meio de uma Lei Fundamental destinada a reconciliar os alemães no seu presente, e criar as condições necessárias para libertá-los do julgo do seu passado.

Ao final da 2ª. guerra mundial, a Alemanha, ocupada militarmente pelas forças vencedoras, foi dividida em áreas de ocupação. Logo nos primeiros anos que se seguiram ao fim do conflito, a emergência da guerra-fria, acabou consolidando a divisão do país em duas grandes áreas de influência: uma capitalista, sob a tutela militar da OTAN, situada em sua porção ocidental; e outra comunista, sob a tutela militar do Pacto de Varsóvia, situada em sua porção oriental.

Em julho de 1948, os aliados ocidentais por meio dos chamados "Documentos de Frankfurt", autorizaram a elaboração de uma "Carta de Direitos Fundamentais", por intermédio de um Conselho Parlamentar transformado em Assembléia Constituinte, formado por 65 representantes de Assembléias estaduais da Alemanha Ocidental e cinco observadores enviados por Berlim. O Conselho foi presidido pelo líder da União Democrata-Cristã, Konrad Adenauer – que seria em seguida eleito o primeiro chefe de governo na Alemanha Ocidental no pós-guerra.

Coube à Assembléia Constituinte a espinhosa tarefa de elaborar uma "lei fundamental" com atributos de Constituição, mas que não tivesse caráter definitivo, o que poderia impedir uma acalentada unificação com sua porção oriental. Sendo assim, em agosto de 1948, uma conferência incumbiu-se de definir as linhas gerais da *Grundgesetz*, delineando os elementos mais expressivos que deveriam compor a divisão de poderes, e transferindo para a Assembléia a elaboração dos mecanismos definidores dos direitos civis e o rol de direitos fundamentais. Neste particular chamou atenção à polêmica protagonizada entre os dois principais partidos do país, a União Democrata-Cristã (CDU) e o Partido Social-Democrata (SPD) em torno da isonomia jurídica entre homens e mulheres – que acabou sendo acatada pela Assembléia graças ao envolvimento pessoal da deputada social-democrata Elisabeth Selbert e a pressão exercida por sindicatos e associações feministas.

Prenunciava-se, já ali naquele momento, uma das questões de princípio mais relevantes para o futuro Estado Democrático Social de Direito[46] que ali começava a se delinear: o conteúdo e o alcance do princípio (constitucional) da igualdade.

A nova Constituição foi aprovada, com 53 votos a favor e 12 contrários, em 23 de maio de 1949. Em seu texto é perceptível a preocupação em se corrigir alguns elementos presentes na Constituição de Weimar (1919) que na opinião de muitos teriam contribuído para pavimentar a ascensão do nazismo no país. Dentre estes, o afastamento da eleição direta para Presidente e o referendo, que poderiam viabilizar o surgimento de governos plebiscitários, por meio dos quais, líderes carismáticos poderiam recorrer diretamente às massas como forma de submeter os órgãos de representação parlamentar à sua vontade. Porém, muito mais do que correção, o que se percebeu com a Constituição de Bonn, foi à recepção de um grande e importante legado da Constituição de Weimar, consolidando-se no rol dos direitos fundamentais os chamados direitos positivos ou sociais e a constitucionalização da ordem econômica.

Constituição e estabiliade política e social

A Constituição de Bonn se inscreve em um âmbito mais amplo, de reconciliação da sociedade alemã consigo própria e com a comunidade das nações após os trágicos episódios que marcaram profundamente o caráter dessa sociedade. E neste sentido, a amarração jurídico-política introduzida pelo novo Estado Democrático Social de Direito, que procurou manter e aprofundar os fundamentos do *welfare state* já delineados na Constituição de Weimar, representou uma espécie de acordo político mínimo entre os dois principais partidos do país.

[46] Os alemães não utilizaram em sua Lei Fundamental a expressão "Estado Democrático Social de Direito", mas simplesmente "Estado de Direito Social". A doutrina alemã entende que um Estado de Direito pressupõe, pela sua natureza, o princípio democrático, daí a desnecessidade de sua referência expressa. Por isso, ao abordarmos a Lei Fundamental de 1949, utilizaremos a expressão "Estado de Direito Social" todas as vezes que nos referirmos ao seu texto especificamente ou estivermos comentando o entendimento de algum doutrinador alemão que também se expressa nestes termos. Mas de uma

Por este novo Contrato Social, não obstante certas nuances representativas de suas respectivas origens ideológicas, manteve-se de pé o compromisso fundamental, expresso por um modelo econômico juridicamente subordinado aos ditames de justiça social que a sua Constituição abriga como condição para o exercício da livre iniciativa em regime de mercado.

A Constituição fixou, portanto, as balizas de um Estado Democrático Social de Direito lastreado em uma economia de mercado, que propiciou aos alemães, um significativo desenvolvimento econômico em um ambiente político-social de grande estabilidade.

Este arranjo político e econômico criou as condições necessárias para que o Estado pudesse enfrentar com rigor e eficiência, dentro dos ditames da lei, todos os desafios sociais e movimentos extremistas que se colocaram ao longo deste período de pós-guerra. Dentre estes desafios, poderíamos citar: a reconstrução do país nos últimos anos da década de 40; a reorganização da economia nacional nos anos 50; as turbulências da guerra-fria em torno do muro de Berlim nos anos 60; o terrorismo de esquerda nos anos 70; o retorno dos movimentos neonazistas nos anos 80; os diversos custos impostos pelo processo de reunificação nos anos 90.

Buscou-se ainda aperfeiçoar as instituições políticas, aumentando os mecanismos de estabilidade, por meio de um “parlamentarismo racionalizado”, sujeito à chamada moção de censura construtiva, por meio da qual, a derrubada de um governo estará condicionada a aprovação simultânea de um governo alternativo. Também se introduziu uma cláusula de barreira, segundo a qual, a participação nos órgãos parlamentares está sujeita a uma representatividade de ao menos 5% do eleitorado – com o objetivo de obstar a eleição de deputados por pequenos partidos extremistas e conter-se a pulverização parlamentar. Também se previu a interdição de partidos anti-constitucionais - por meio do qual se obstou a representação política do partido comunista e do partido neonazista. E, sobretudo, estabeleceu a Constituição à existência de um Tribunal Constitucional, conferindo-se legitimidade para que qualquer cidadão possa a ele se reportar por intermédio do mecanismo da “queixa constitucional”, caso entenda que os seus direitos fundamentais

---

maneira geral, continuaremos a utilizar a expressão de Estado Democrático Social de Direito por entendê-la conceitualmente mais adequada.

estejam sendo violados ou encontrem-se na iminência de sofrer violação pelo Poder Público.

Foi exatamente este dispositivo que permitiu uma mudança radical na forma de se compreender as relações entre o direito público e o direito privado na Alemanha. Transitou-se por seu intermédio, de uma concepção segundo a qual os "direitos fundamentais" só poderiam ser opostos em relação ao Estado, para a compreensão segundo a qual, os direitos fundamentais também incidiriam nas relações inter-privadas. Isto porque, a Constituição, ao admitir a qualquer pessoa o recurso constitucional contra violação perpetrada pelo Poder Público, está implicitamente admitindo o recurso contra decisões proferidas por seus tribunais cíveis – que afinal, são órgãos do Poder Público. Com isto entendeu-se que, os Tribunais Cíveis, ao apreciarem questões de direito privado, não poderiam deixar de observar o respeito aos direitos fundamentais expressos pelas regras e princípios constitucionais.

> "Antes de me ocupar com o meu tema propriamente dito, preciso mencionar, ainda, uma especificidade do direito alemão, sem o conhecimento do qual não se pode compreender integralmente por que justamente entre nós a problemática da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado assume um significado prático tão grande. Essa especificidade reside no fato de a Constituição alemã facultar a cada pessoa, pela via de um assim chamado recurso constitucional [*Verfassingsbeschwerde*], a invocação do Tribunal Constitucional Federal com a afirmação de "ter sido violado em um dos seus direitos fundamentais pelo "poder público"(art. 93, incisos I a IV, da Lei Fundamental). Há consenso de que também os tribunais cíveis devem ser considerados "poder público" nesse sentido, sendo, por conseguinte, possível recorrer ao Tribunal Constitucional Federal contra toda sentença de tribunal cível de última instância, isto é, sobretudo do Supremo Tribunal Federal [*Bundesgerichtshof*].[47]

E mais ainda, é fato incontroverso que a Constituição não atribui competências inúteis. Na medida em que se autorizou a apreciação constitucional das decisões proferidas por seus tribunais cíveis, é porque os direitos fundamentais devem ser não apenas observados pelo Estado, mas garantidos por ele a todos os cidadãos – inclusive nas relações que estes estabelecem entre si, por via contratual, com base no velho princípio da

autonomia privada. Ao proceder dessa maneira, a Constituição abriu uma porta para interpretações pautadas por valores e informações extra-jurídicas, com base nas quais, ao se reconhecerem situações em que, entes privados, se encontram em uma relação contratual no mercado, em posições de extrema assimetria, surgem situações de vulnerabilidade e/ou hipossufuciência nas quais os direitos fundamentais destes indivíduos podem estar sendo violados. Estava dada a partir daí, uma nova dinâmica nas relações entre o direito constitucional e o direito civil que alterou profundamente a cultura jurídica herdada da ordem liberal-individualista.

A positivação do princípio do Estado de Direito Social

No entanto, no âmbito de nossa pesquisa, o que a Lei Fundamental de Bonn trouxe de mais interessante foi à positivação, no texto da Lei Fundamental, do "princípio do Estado de Direito Social" (art. 28, alínea 1). Foi a sua transformação em princípio jurídico-constitucional que propiciou um amplo e intenso desenvolvimento normativo dos fundamentos e do alcance dessa concepção de Estado, sobretudo, em razão dos aportes doutrinários e jurisprudenciais que sobre ele foram sendo construídos. Tal normatividade, se viu ainda mais estimulada, em razão da forma aberta e lacônica por meio do qual se inseriu o princípio no texto constitucional, dando azo a um amplo e profícuo debate.

> "A ordem constitucional da República Federal deve ser aquela de um Estado de Direito Social. Isso está no artigo 28, alínea 1, da Lei Fundamental, para os estados expressamente normalizado, para a federação pressuposto ("... no sentido dessa Lei Fundamental..."). A questão sobre o conteúdo e o significado dessa determinação fundamental ainda não encontrou uma resposta assegurada."[48]

---

[47] CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.226.

[48] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 157.

Devido a essa abertura conceitual e a multiplicidade de interpretações que ela admite, autores como Konrad Hesse entendem que a determinação jurídico-constitucional do conceito de Estado de Direito Social não pode basear-se em uma compreensão pré-constitucional, extra-constitucional, ou em uma abordagem desvinculada da tradição do pensamento jurídico constitucional alemão.

No entanto, reconhece que, por exemplo, na prática do Tribunal Constitucional Federal, a Corte muitas vezes partiu de uma "imagem global pré-constitucional do estado de direito", ou aceitou expressamente a "tradição do Estado de Direito liberal-burguês".

Hesse ressalva que, esse mesmo Tribunal, ao menos renunciou a uma definição global do conceito de Estado de Direito Social. Até porque, uma definição semelhante também foi por ele rejeitada em torno de outros dispositivos constitucionais análogos, como se daria com o conceito de "democracia". Por isso entende que o princípio do Estado de Direito Social carece da concretização conforme as realidades materiais. Sendo assim, a questão sobre o seu conteúdo específico deveria ser respondida por meio de um avanço cuidadoso e contínuo, caso-a-caso, e em cada um, manifestando-se apenas em relação ao estritamente necessário para a decisão do caso dado.

Assim estaria a proceder o Tribunal Constitucional, desenvolvendo-o em numerosas direções, desdobrando concretamente o conceito, de forma que os aspectos referentes ao seu conteúdo de direito social possa ser normativamente contido ou limitado pela fórmula geral do "estado de direito", cujo significado essencial nessa conexão deveria ser guiada pelo mandamento da proteção da confiança, pelo princípio da proporcionalidade e pelo preceito geral que confere o direito a um procedimento honesto – todos derivados do princípio do estado de direito e assim inseridos no âmbito da hierarquia constitucional.

> "Diante dessa multiplicidade, a determinação jurídico-constitucional do conceito do Estado de Direito Social e de sua inserção na ordem constitucional da Lei Fundamental não pode partir de uma imagem do estado de direito pré-constitucional ou extra-constitucional, tampouco a estatalidade jurídica da Lei Fundamental pode ser separada da tradição do pensamento do

> estado de direito na Alemanha e, tampouco, também aqui, o entendimento jurídico-constitucional pode ser desatado das condições históricas e dos problemas concretos de seu objeto. Ela tem de orientar-se, antes, pela organização concreta que o princípio do estado de direito encontrou na Lei Fundamental."[49]

Estado de Direito Social: unidade política e autonomia administrativa

Na concepção de Konrad Hesse, com a adoção do Estado de Direito Social pela Lei Fundamental, buscou-se fundamentar funcionalmente a "unidade política da nação". Para isso ele produz, pela criação e coordenação de funções e competências, os pressupostos daquilo que denomina por "tornar-se ativo estatal", regulando essa sua atividade de uma forma que corresponda aos seus princípios materiais. E neste sentido, são os elementos inerentes ao princípio do estado de direito os responsáveis pela consolidação da unidade política. Isto ocorre, na medida em que deixam fluir, ao lado da dinâmica do processo político, da luta pelo poder estatal entre os partidos políticos e demais grupos de interesse, ordens relativamente firmes, duradouras e persistentes, fundadas no provimento pessoal do seu quadro de servidores, e na instituição de órgãos permanentes, por meio dos quais se insere elementos estabilizadores na vida estatal. Dessa forma, o Estado ganharia uma estrutura que, pautado apenas sobre a mudança dos processos de integração gerados por sucessivas mudanças de orientação política, institucionalmente assentes ou por via revolucionária, não poderia obter.

É através desse efeito estabilizador que o Estado de Direito Social pode ser apresentado como sendo, ao mesmo tempo, forma de produção de continuidade; forma de racionalização da vida estatal; forma de limitação do poder estatal; forma de produção de um efeito legitimador capaz de produzir um consenso fundamental por meio do qual se garante a unidade política.

Constitui-se enquanto forma de produção de continuidade na medida em que a democracia torna independente a ordem política da vinculação a determinadas pessoas, visto que, separa a estrutura (administrativa) estatal

[49] Op. Cit., p. 158.

dos grupos e facções que politicamente conduzem e dirigem a política em geral. Dessa forma, afiança que, independentemente de qualquer mudança, garantir-se-á uma continuidade relativa. Em seguida, converte-se tal estabilidade, em condição prévia para as mudanças políticas gerais, que sob as condições do Estado Moderno, mostram-se capazes de desenvolver a sua dinâmica sem qualquer desvantagem ou interrupção em sua funcionalidade, liberando os partidos e demais agentes políticos para a condução geral da sociedade e para a formação da vontade política.

Na estrutura constitucional da Lei Fundamental, o princípio do estado de direito social atua também como forma de racionalização da vida estatal. Neste sentido, a fundamentação e a coordenação das competências e a regulação e o exercício das mesmas, devem propiciar o cumprimento das ações estatais de forma conveniente e efetiva, servindo ao mesmo tempo, para tornar calculável a ação estatal para aqueles que deverão se orientar por ela, possibilitando uma maior clareza e certeza jurídica. Dessa forma, propicia-se à vida estatal as bases para uma participação mais consciente, responsável e ativa nos assuntos públicos, o que segundo Hesse, constitui condição fundamental do processo político livre, vital para o fortalecimento da democracia.

E recepcionando o legado da velha ordem jurídica liberal, o Estado de Direito Social, por intermédio do princípio do “estado de direito” nele inscrito, se expressa como forma de limitação do poder estatal. No entanto, no bojo das peculiaridades que caracterizam a ordem jurídica posta pela lei Fundamental, tal limitação não se produz pela exclusão daquilo que seria “uma esfera livre do Estado e do direito”, entregue à seara exclusiva do arbítrio dos particulares, nos termos clássicos do princípio da autonomia privada. Isto porque, tal esfera seria incapaz de converter-se em realidade e de garantir um estado de “liberdade real”, que só pode ser pensada no âmbito da própria Lei Fundamental. Sendo assim, a limitação ao poder estatal se dá na medida em que a administração pública é organizada de forma vinculada em relação à lei, que também coordena mútua e reciprocamente todos os âmbitos da atividade estatal. Dessa forma, procura-se excluir, na medida do possível, o abuso de poder, ao mesmo tempo em que se assenta o *status* liberal do cidadão, garantindo-o, organizando-o, e protegendo-o – contra o Estado e contra outros

particulares que por seu poder ou influência possam lesar ou ameaçar seus direitos fundamentais.

Dessa maneira, o Estado de Direito Social procura garantir a efetividade dos direitos fundamentais, a manutenção das bases materiais do *welfare state*, e ao mesmo tempo, propicia aos sujeitos econômicos privados as condições de segurança jurídica e certeza de que eles necessitam para perseguir os seus objetivos no mercado, empreender e gerar riquezas. O Estado de Direito Social produz então conciliação pelo direito, amarra interesses antagônicos dentro de um plano no qual se garante a sobrevivência e o desenvolvimento dos postulados básicos de todos os interesses em jogo, garantindo a unidade política com base em uma ampla legitimidade. E o efeito material mais importante de todo esse arranjo se manifesta pela produção de uma sociedade sujeita a níveis muito baixos de desigualdade, o que reconcilia a nação em relação ao seu passado de injustiças, fortalecendo os valores que garantem o seu desenvolvimento futuro em um plano de razoável equilíbrio e satisfação para os seus cidadãos.

> "O Estado de Direito Social fundamenta e consolida a unidade política materialmente por sua legitimidade: quando a ordem da coletividade, depois de uma época de injustiça e de desvinculação dos poderes políticos, é determinada pela vinculação desses poderes ao direito e pela proteção do direito, pelo reconhecimento dos direitos do homem e dos princípios jurídicos fundamentais, pelo exercício das tarefas estatal-sociais, então, desenvolve ela nisso, um efeito legitimador; na concórdia, que se assenta sobre a aprovação livre, sobre essas bases nasce, em uma parte essencial, o consenso fundamental, que mantém junto à coletividade, por cima de todas as tensões e, no final, forma-se a unidade política."[50]

A recepção material do princípio da igualdade pelo Estado de Direito Social

Konrad Hesse insiste que, para o princípio do estado de direito plasmado na Lei Fundamental, o "conteúdo" das normalizações em relação às quais cabe "o primado do direito" não seria insignificante. Ou seja, malgrado o

[50] Op. Cit., p. 160.

alto grau de formalismo instituído pela ordem jurídica alemã do pós-guerra, esta ordem jurídica existe em função da concretização dos seus propósitos, e não pelo culto à letra da lei. O primado do direito valeria não apenas no sentido da vinculação ao direito como tal, mas, sobretudo, em razão de sua vinculação a determinados conteúdos do direito – expressos por valores cardeais da ordem jurídico-constitucional, tais como liberdade, justiça, igualdade. Primeiro pela positivação de tais conteúdos, que seria obrigatória para todos os poderes estatais, como eles se encontram e, expressamente, para os direitos fundamentais (conforme o art. 1º. alínea 3, da LF), e sobretudo, na fórmula geral do princípio do estado de direito social (art. 28, alínea 1, da LF), que qualifica-se então para a sua realização plena como Estado de Direito Social em sentido “material”.

No que diz respeito especificamente ao “princípio da igualdade”, cuja realização em seu sentido material é absolutamente imprescindível para a produção dos efeitos legitimadores e integradores pretendidos pelo Estado de Direito Social, está o mesmo expressamente previsto e positivado no art. 3º. da Lei Fundamental. No mandamento que afirma a igualdade de todos perante a lei (isonomia), realiza-se uma exigência elementar do sentimento jurídico, segundo a qual, cada um deve submeter-se, em igual medida, aos deveres estatuídos pela ordem jurídica. Da mesma forma, todos possuem também em igual medida, direito à proteção estatuída por essa ordem jurídica, por expressa determinação da comunidade - através do poder constituinte. Sendo assim, as proibições de discriminação previstas no art. 3º., alínea 2 e 3, da Lei Fundamental, concretizariam mandamentos elementares de “igualdade material”. Ter-se-ia aqui uma abertura normativa para a aplicação do velho brocardo segundo o qual a ordem jurídica deve tratar os desiguais desigualmente, na medida em que se desigualam – ao contrário da aplicação puramente formal do princípio, que ao tratar igualmente os desiguais, apenas “congela” a desigualdade nos termos em que ela se encontra.

Dessa forma, a Lei Fundamental alemã, ao constitucionalizar o princípio do Estado de Direito Social, foi a primeira a operar normativamente a transmutação do “princípio da igualdade”, de sua configuração puramente “formal” (“isonomia”), como havia sido concebido pelo pensamento liberal-individualista, para a incorporação de uma nova dimensão, que se passou a

denominar por “material” ou “substancial”. Konrad Hesse nos diz que é necessário distinguir a aplicação do princípio da igualdade quando nos deparamos com situações de assimetria, daquelas situações em que o princípio deve ser aplicado sem relação objetiva com determinados fatos. Nesta última circunstância, o princípio se auto-regula em razão de sua própria generalidade – como nas situações em que se exige tratamento idêntico para situações fático-jurídicas assemelhadas. Interpretar o princípio de forma distinta, implicaria em esvaziá-lo naquilo que lhe é essencial ao seu programa normativo, reduzindo-lhe o alcance material que lhe é próprio. Lamentavelmente, tal esvaziamento não seria incomum na prática judicial.

> “As proibições de discriminação do artigo 3º., alínea 2 e 3, da Lei Fundamental, concretizam mandamentos fundamentais de igualdade material e, sem relação a fatos determinados, o princípio da igualdade geral exige tratar fatos iguais igualmente, conceder a cada um o que é seu; ele indica, com isso, um ponto de referência pelo qual toda a atividade estatal tem de se orientar. Se o conteúdo do princípio da igualdade, na prática judicial, é convertido em negativo e, entendido como proibição de diferenciação não-objetiva ou de tratamento arbitrário, então tais fórmulas são, sejam elas também no interesse da restrição do controle judicial indispensáveis, adequadas para reduzir o alcance material do princípio.”[51]

O problema da efetivação dos direitos sociais

Tal aspecto força necessariamente a análise a extravasar o seu interesse para o âmbito da forma como se dá a efetivação dos direitos fundamentais sociais no contexto da determinação dos objetivos estabelecidos pela Constituição estatal-jurídica. Neste campo, o da efetivação dos direitos fundamentais, torna-se imperiosa a questão de saber-se até que ponto os “direitos fundamentais sociais”, tanto quanto os “direitos fundamentais individuais” ou de “primeira dimensão”, constituem verdadeiros “direitos subjetivos”, cuja realização pode ser objetivamente solicitada pelo cidadão frente ao Estado por intermédio de uma tutela judicial.

Ainda segundo os ensinamentos de Hesse, a Lei Fundamental restringiria suas garantias jurídico-fundamentais no essencial aos direitos do homem "clássicos". Ao lado destes, colocaria algumas garantias e regulamentaria alguns princípios especiais, como os previstos nos art. 5º., alínea 3, art. 6º., e 7º. Se fixarmos uma comparação com tais dispositivos concluiremos que ela renuncia aos "direitos fundamentais sociais" – pelo ao menos na forma como tais direitos fundamentais sociais estão amparados em várias das Constituições dos estados membros da Federação Alemã. Isto decorreria do fato segundo o qual garantias dessa natureza, tais como aquelas referentes ao direito ao trabalho, a uma remuneração adequada ou o direito de habitação, teriam uma estrutura jurídico-normativa totalmente distinta daquela dos direitos fundamentais clássicos.

Os direitos fundamentais sociais, não se deixariam realizar simplesmente por estarem já organizados, respeitados e protegidos, mas requereriam ações estatais para a realização do programa social que neles está contido. Necessitam de uma intervenção regular e permanente do Estado com o objetivo de tornarem-se ativos. Esta intervenção não seria apenas do Estado-Legislador, regulamentando por intermédio da lei o programa previsto no princípio constitucional, mas também e, sobretudo, da administração – visto que no direito alemão inexistiria uma distinção essencial entre lei e regulamento, e dado o fato de que muitos princípios (meramente autorizadores) podem ser concretizados diretamente por ações governamentais.

Diferentemente, nos direitos fundamentais clássicos, o Estado estaria vinculado de forma absoluta à dicção do texto constitucional, sem margem nem necessidade de qualquer atividade complementar, seja sob o aspecto normativo ou material. Hesse acredita ainda que a realização de direitos fundamentais sociais podem conduzir, muitas vezes, a um prejuízo dos direitos de liberdade de outros – no que é fortemente contestado por parte da doutrina.[52] Por isso, acredita que tas direitos e outros assemelhados, não

---

[51] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 168.

[52] Nesse ponto, torna-se necessário uma referência, em especial, ao pensamento de Ronald Dworkin. Este, logo na introdução de uma de suas obras mais conhecidas, ao explicitar o plano geral de sua abordagem, resume alguns dos mais importantes argumentos contra a idéia segundo a qual os direitos de igualdade (campo no qual se encontram a maior parte dos direitos fundamentais sociais) poderiam estar – ainda que em situações específicas – em contradição com o direito de liberdade. "Os capítulos 10, 11, e

podem fundamentar pretensões imediatas do cidadão por intermédio de tutelas judiciais.

Neste sentido, Hesse entende que na forma como estão dispostos os direitos sociais na Lei Fundamental Alemã constituem, de fato, "determinações de objetivos estatais". Ou seja, tais normas constitucionais determinariam obrigatoriamente o cumprimento de tarefas e estabeleceriam uma dada direção para a atuação estatal presente e futura. Neste ponto, Hesse faz uma importantíssima observação acerca de como o estabelecimento de objetivos fixados jurídico-constitucionalmente implicaria na primazia dos seus conteúdos sobre os objetivos normalmente estabelecidos politicamente, no âmbito de um programa de governo. Isto quer dizer que a dicção por meio da qual o constituinte introduziu no texto da lei Fundamental os chamados direitos fundamentais sociais limitam e restringem expressamente a liberdade conformadora do legislador.[53]

Nestes termos, determinações de objetivos estatais não possuiriam, por si só, capacidade para gerar direitos subjetivos, dependendo para isso, de serem desenvolvidas pelo legislador, e ainda assim, de conformidade com os problemas e possibilidades do momento histórico, transformadas em direito vigente e então realizadas. No entanto, no âmbito das tarefas da administração e da jurisdição, tais normas constitucionais poderiam mostrar-se decisivas para a função de interpretação do direito, em especial, na interpretação de conceitos indeterminados e discricionários, bem como, para auxiliar o Estado-Juiz quando necessária a promoção de uma ponderação entre interesses opostos (colisão e/ou concorrência entre direitos e princípios fundamentais).

---

12 examinam as reivindicações antagônicas de um direito diferente que também tem sido considerado por muitos filósofos políticos como o mais fundamental dos direitos políticos: o direito à liberdade, que em geral é considerado não apenas como um rival do direito à igualdade, mas também, pelo menos em alguns casos, como incompatível com este. O capítulo 12 argumenta que não existe tal direito à liberdade e que a própria idéia de um tal direito é confusa. Não se rejeita a idéia de que os indivíduos têm direitos a certas liberdades específicas, como o direito às decisões morais pessoais, discutido no capítulo 10, ou o direito às liberdades descritas no *Bill of Rights*. Ao contrário, o capítulo 12 argumenta que esses direitos convencionais são derivados não de um direito geral mais abstrato à liberdade enquanto tal, mas do próprio direito à igualdade. Portanto, os ensaios contradizem a conhecida e perigosa idéia de que o individualismo é inimigo da igualdade. Essa idéia é um erro comum dos libertários que odeiam a igualdade e dos igualitaristas que odeiam a liberdade; cada um ataca o seu próprio ideal sob o seu outro nome." DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XVIII.

[53] Tal concepção foi posteriormente desenvolvida de forma magistral por um dos mais importantes discípulos de Hesse fora da Alemanha, o constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho em sua obra **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editores, 1982.

Tudo isso, na opinião de Konrad Hesse, pressuporia a capacidade do Estado para a realização dos objetivos estatais normatizados. Sobretudo, e isto lhe parecia evidente no âmbito do desenvolvimento europeu, quando da realização de objetivos econômicos e sociais – dada à situação muitas vezes problemática (tanto no plano financeiro quanto no das competências constitucionalmente estabelecidas) das relações no Estado Federal entre a União e os Estados. No entanto, mesmo onde o Estado é competente, a realização dos objetivos estatais poderia ultrapassar a sua capacidade, já que em muitas situações, ele não possuiria os meios materiais para promover a efetivação do programa constitucional – o que, posteriormente, levou o Tribunal Constitucional, sob a influência do próprio Konrad Hesse, a desenvolver o chamado “princípio da reserva do possível”.

Neste ponto, Hesse identifica uma das grandes ambigüidades do Estado de Direito Social, que mais tarde se tornariam patentes em outras sociedades que institucionalizaram esta concepção de Estado. O constituinte promete na Constituição um direito que ele não consegue realizar, podendo em razão disso, frustrar as esperanças relativas à obtenção de direitos que o texto constitucional plasmou, mas que “não entrega”. Tal circunstância poderia provocar um efeito exatamente ao contrário daquilo que é uma das razões de ser do Estado de Direito Social: a produção de um “efeito integrador”.

Mais uma vez Hesse observa que, nas novas Constituições dos estados federados da Alemanha Oriental, teriam sido acolhidas numerosas determinações de objetivos estatais que obrigam, em diferentes formulações, o Estado a proteger, fomentar ou perseguir, e ajustar a sua ação segundo tais objetivos. Hesse parece também criticar a abrangência das matérias ali reguladas (nem todas poderiam ser classificadas indiscutivelmente como referentes à “direitos fundamentais”), que iriam das bases naturais da vida, da cultura, da formação e estabelecimento de objetivos sociais até o esporte. Já no âmbito da Lei Fundamental, apenas a tutela ao meio ambiente teria sido introduzida por Emenda (42ª. Lei Modificadora), dada a sua natureza de direito fundamental de abrangência “intergeracional”. Quanto aos demais direitos fundamentais sociais, no âmbito da Lei Fundamental, só estariam previstos em sua locução genérica, por meio do “princípio do estado de direito social” –

razão pela qual, a exata determinação do seu alcance e conteúdo é objeto de permanente discussão.

> "Na Lei Fundamental foi, pela 42ª. Lei Modificadora, inserida somente a *proteção ao meio ambiente* como nova determinação estatal. Segundo o artigo 20, "a", protege o Estado, também em responsabilidade pelas gerações futuras, as bases da vida natural no quadro da ordem constitucional pela legislação e, conforme a lei e o direito, pelo poder executivo e poder judiciário. Objetivos estatais sociais nomeados em particular, como o cuidado pelas necessidades existenciais: trabalho, habitação suficiente e segurança social, ao contrário, não encontram acolhimento (*expresso*) na Lei Fundamental. Em vez disso, a Lei Fundamental restringe-se a uma *determinação de objetivo estatal geral*: a fórmula do estado de direito social. A amplitude dessa formula dificulta uma determinação de seu conteúdo, e, assim, esse conteúdo sempre é discutido." [54]

Hesse assevera que tal aspecto não implicou em uma ausência de efetivação dos direitos fundamentais sociais, na medida em que, uma análise da jurisprudência constante do Tribunal Constitucional Federal deixa claro que este entende que o princípio do estado de direito social impõe uma obrigação ao Estado para propiciar a existência de uma ordem social justa. E que o próprio Tribunal, por reconhecer-se como ente estatal, não tem se furtado nas suas decisões a desdobrar e pormenorizar progressivamente o princípio (BVerfGE 5, 85 [198]; 22, 180 [204]; 27, 253 [283]; 35, 202 [235 f.]; 59, 231 [262 f.]), ainda que reconheça a outras esferas estatais, sobretudo, ao Legislativo, a concretização do princípio através de um amplo espaço de conformação (BVerfGE 18, 257 [273]; 29, 221 [235]).[55]

Estado de Direito Social e deveres de proteção

Percebe-se assim que, através da fórmula genérica do Estado de Direito Social, a Lei Fundamental alemã buscou acolher uma realidade dinâmica, imposta pelo moderno desenvolvimento tecnológico, econômico e social. Buscou normatizar as tarefas que vão se colocando em face desse

[54] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 172.

desenvolvimento, instituindo o cumprimento dessas tarefas como mandamentos que devem ser concretizados sob o pálio do princípio do estado de direito.

Neste sentido, a jurisdição constitucional deve reconhecer que a tecnicização e a especialização crescente imposta pela sociedade contemporânea acarretam alguma complicação das condições de vida, tornando imperiosa a intervenção estatal como guia, atuando como esfera de planejamento em vastos setores da vida social. O Estado vê-se assim diante de novas tarefas, muitas até então desconhecidas, e apontam uma imbricação do Estado em territórios até agora deixados a cargo da auto-regulação. Isto amplia a importância do Estado para a vida econômica e social, ao mesmo tempo em que aumenta a dependência dos particulares em relação às repercussões da atividade estatal ("teoria dos deveres de proteção").

> "Se o Estado, com isso, estendeu-se, em grande medida, em âmbitos, que até agora estavam a cargo de auto-regulação não-estatal, então esse mesmo desenvolvimento conduz a uma extensão da 'sociedade' em âmbitos que estavam, até agora, reservados à regulação e decisão 'estatal'. As esperanças sociais distintas, em especial aquelas da seguridade social, dirigem-se para o Estado; elas procuram fazer-se valer não só no âmbito da formação da vontade política, mas também por toda a parte lá onde, do outro lado desse âmbito, são exercidas tarefas estatal-sociais. Assim, converte-se em tarefa decisiva dominar as oposições das concepções de interesses em permanente discussão e satisfação, e converte-se em questão principal da ordem política, se ela é capaz de satisfazer essa tarefa."[56]

Fica claro que, o grau e a proporção em que esse desenvolvimento determina a peculiaridade da estatalidade contemporânea é expressão da multiplicidade e da abundância das atividades estatais no plano econômico e social – o que politicamente, será alvo de disputa no plano orçamentário, entre os diversos grupos de interesse que compõe a sociedade. Mas no âmbito do Estado de Direito Social, uma parte preponderante dos gastos incluídos no orçamento federal deverão ser destinados à compensação social, à seguridade, ao fomento da economia e às tarefas da assistência social – como

---

[55] Op. Cit., p. 172-173.
[56] Op. Cit., p. 173.

se pôde perceber, de forma especial na Alemanha pós-unificação, no processo de re-estruturação dos novos estados federados.

Estado de Direito Social e os novos parâmetros de uma administração prestacionista

Neste sentido, a transformação do Estado no pós-guerra afetou não apenas a forma pela qual se dá a formação daquilo que Hesse denomina por unidade e vontade política, no sentido em que tais questões estavam colocadas para a teoria democrática, mas modificou estruturalmente os pressupostos da administração pública moderna. Teríamos ultrapassado o plano da chamada "administração intervencionista" em direção a uma nova "administração prestacionista". Isto quer dizer que, desde o final da 2ª. Guerra à administração estatal teve que assumir tarefas de configuração, assistência social e ampla previsão planificadora, deixando para trás as intervenções pontuais tradicionais das quais se ocupava o direito administrativo "clássico", baseado em predisposições reducionistas organizadas na base da "ordem e proibição".

Por isso, ao lado das formas clássicas de intervenção administrativa, surgem novas formas do "tornar-se ativo estatal", originárias do Legislativo ou do Executivo, como seria o caso daquilo que os alemães denominam por "lei-medida", que tanto em número quanto em significado teria sobrepujado ou estaria em vias de sobrepujar amplamente a "lei em seu sentido tradicional". No mesmo sentido se inseririam o "plano" e a "concessão de prestação", que na forma de subvenção determina em grande medida a intervenção estatal contemporânea. Da mesma forma, como expressão do grau de interpenetração entre as esferas públicas e privadas que a pouco nos referimos, pode-se apontar a atuação administrativa cooperativa em forma de contratos e consórcios entre a administração e os particulares.

Para Hesse, isso só pode implicar em um novo contexto, no qual, as tarefas do Estado não mais se esgotariam na proteção, conservação e, em intervenções ocasionais. Para ele, o Estado instituído pela Lei Fundamental seria necessariamente um Estado que planifica, guia, fornece, distribui,

possibilita a vida tanto em seu plano individual quanto coletivo, de acordo com o que foi previsto pela fórmula do Estado de Direito Social que, ao ser positivado com *status* constitucional, converteu essa nova dinâmica de atuação em tarefa.

> "Essa tarefa fundamenta não só uma 'obrigação social' da coletividade diante dos seus membros, portanto, a obrigação para assistência social, assistência vital e satisfação social, mas também obrigações sociais dos membros da coletividade entre si, assim como diante da coletividade: deveres de proteção, ajuda, assistência e deveres de auto-auxílio coletivo, vinculações da propriedade, obrigações tributárias e deveres de prestação, que põem o Estado primeiro em condições de cumprir suas tarefas sociais. Se todas essas obrigações sociais carecem também da concretização e realização pela legislação ordinária, frequentemente também pelo tornar-se ativo administrativo, o princípio do estado social permanece, contudo, um *princípio constitucional*: ele obriga e legitima o legislador e o poder executivo para o exercício de tarefas estatal-sociais – sem fundamentar, com seu encargo geral, pretensões individuais a um tal exercício ou instruções de ação concretas. Ele garante em seu núcleo aqueles âmbitos jurídicos que pertencem à essência do estado de direito social, como, por exemplo, o direito de proteção dos trabalhadores e o direito de horário do trabalho, o direito de ajuda social, direito de provisão ou direito de seguro social, o direito de organização de empresa ou direito do contrato coletivo do trabalho. Um afastamento fundamental das instituições pertencentes à existência básica do estado de direito social está jurídico-constitucionalmente excluído."[57]

Os limites fático-normativos dos Estado de Direito Social

Isto posto, devemos novamente recordar que o cumprimento dessas tarefas em sua totalidade só podem se dar sob o pálio do princípio do estado de direito. Visto que, o Estado de Direito Social, até mesmo a sua atividade configuradora e concedente dos poderes estatais só pode se manifestar quando posta em forma legal, quando aqueles poderes estão juridicamente vinculados, não restando um âmbito ilimitado, carente de vinculação ou configuração. Respeitados esses limites, a atividade configuradora e concedente dos poderes estatais deve servir como garantia para a existência digna do ser humano. Em sua dimensão teleológica, destina-se à igualdade no sentido de coordenação social justa. Ainda segundo Hesse, ela nos serviria

também à realização do valor liberdade que, uma vez superada as concepções que em torno dela se formaram ao longo do século XIX e as intervenções estatais autoritárias do século XX, deve ser pensada no interior de uma ação estatal ampla, eficaz e legítima – pois só nesse plano o valor liberdade pode de fato se efetivar.

É neste sentido que se afirma que, para os desempregados, a liberdade de profissão seria inútil, bem como o seria, a liberdade de aprender e a livre escolha dos centros de formação para os que não possuem condições financeiras para poder nelas se inscrever. Da mesma forma, a garantia da propriedade só faria sentido para os proprietários, e a liberdade de habitação para os que já a possuem. Se estas e outras liberdades devem aspirar algum conteúdo, as mesmas devem pressupor algo mais do que uma mera proibição de intervenção estatal. Mas deve amparar-se naquele sistema de medidas planificadoras, de fomento e de conservação da política econômica e social, das políticas cultural e educacional, da política sanitária e familiar, que caracterizam o Estado Democrático Social de Direito contemporâneo. Com isso fica claro também a impossibilidade de se traçar algum plano de antecedência ou hierarquia entre as diversas gerações ou dimensões de direitos fundamentais (teoria da unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais). Afinal de contas, como garantir-se o direito fundamental à privacidade e à intimidade (direito de 1ª., dimensão) se o mesmo não goza o direito fundamental à habitação (direito de 2ª. dimensão); ou como garantir-se o direito de ir-e-vir sem se colocar o plano da saúde e assistência social, bem como, garantir-se o princípio do pluralismo democrático sem o direito universal à educação pública?

Por fim, devemos frisar que o princípio do estado de direito social encontra nos mandamentos da estatalidade jurídica material os seus limites. Sendo assim, uma assistência social ampla, por exemplo, que pretenda transmutar a coletividade em um Estado-beneficente ou em um Estado-provisão, abolindo a liberdade auto-responsável, não mais corresponderá ao princípio do Estado de Direito Social. Obviamente, tal limite não pode ser previamente traçado, daí porque, permite a Lei Fundamental e a jurisprudência

---

[57] Op. Cit., p. 175-176.

do Tribunal Constitucional Federal um amplo espaço para configurações distintas. Neste sentido, a fórmula do Estado de Direito Social contém, para o legislador que deve concretizá-la, um encargo obrigatório, mas não diretrizes obrigatórias para o cumprimento do respectivo encargo. Para Hesse, a inclinação que acaba por colocar dentro dela todo o desejável para transformar esse desejo em um mandamento constitucional deixa de compreender o exato significado de tal formulação. Sobretudo, no contexto democrático da Lei Fundamental. Isto porque, dentre outras coisas, o princípio abriria às forças sociais e políticas distintas a possibilidade de, através da intervenção constitucional na formação da vontade política, fazer valer o seu critério valorativo para a configuração da ordem estatal-social.

Dessa forma, procuramos com base em uma decomposição analítica do conceito (Estado / Democrático / Social / de Direito), apontar os elementos que configuram tanto as suas particularidades quanto à sua unidade dialética. Procuramos deixar claro que, este conceito de Estado Democrático Social de Direito está, como de resto, qualquer outra concepção jurídico-política de Estado, sujeita a lacunas, contradições e ambigüidades. E que foi em torno da Lei Fundamental alemã que em primeiro lugar tivemos um amplo desenvolvimento normativo dessa concepção, tanto no plano teórico-doutrinário, quanto no prático-estatal (legislativo, administrativo, e judicial). Alguns problemas detectados no âmbito da experiência alemã procurou-se corrigir-se ou precaver-se em experiências histórico-políticas posteriores, como foi o caso do Estado Democrático Social de Direito instituído pelas Constituições Portuguesa, Espanhola e Brasileira. Neste sentido, podemos apontar a positivação e o detalhamento no texto constitucional de um rol de direitos sociais fundamentais – como tentativa de se superar as dificuldades reconhecidas em torno da fórmula genérica, por meio da qual estes direitos foram contemplados pela Lei Fundamental alemã.

2.4 - Portugal: o princípio da socialidade e o regime dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito da Constituição de 1976

Em 25 de abril de 1974 sagrou-se vitoriosa em Portugal chamada “Revolução dos Cravos”. Por meio dela, chegava ao fim uma das mais longas ditaduras da história européia recente. Instituída em 28 de maio de 1928 sob a liderança de Oliveira Salazar, que permaneceu no poder até 1968 quando foi afastado por incapacidade, o regime se mantinha desde então sob o comando de Marcelo Caetano. No entanto, profundamente desgastado pela longa permanência no poder, com uma economia estagnada, ainda pautada nos imperativos do monopólio do comércio com as suas colônias de ultra-mar (mantidas ao custo de uma guerra desgastante com o movimentos de libertação nacional locais), isolada politicamente no âmbito europeu e, contando com forte oposição da sociedade civil portuguesa, o regime caiu ao perder o apoio das forças armadas. Articulada por jovens oficiais do exército (capitães em sua maioria), sob a liderança do General Antônio de Spínola, o levante que contou com forte apoio popular conseguiu derrubar o regime sem que este fosse capaz de opor uma resistência significativa. No dia seguinte, 26 de abril, formou-se uma Junta de Salvação Nacional, constituída por militares, formando um primeiro governo de transição. O movimento militar (auto-intitulado por MFA) apresentou um programa que era resumido pelos chamados três D: democratizar, descolonizar, desenvolver. Dentre as medidas imediatas adotadas pela revolução encontram-se a extinção da polícia política (PIDE/DGS) e da censura. Concedeu-se liberdade aos sindicatos e legalizaram-se os partidos políticos – inclusive o comunista.

Foram libertados os presos políticos das prisões de Caxias e de Peniche, e os lideres políticos no exílio foram autorizados a regressar. Na semana seguinte, o 1º. De maio foi celebrado (legalmente) nas ruas pela primeira vez em muitos anos. Na capital Lisboa, reuniram-se cerca de um milhão de pessoas.

Nos dois anos que se seguram ao levante de 25 de abril, Portugal viveu um período de grande agitação política, normalmente designado pela expressão PREC (processo revolucionário em curso), caracterizado pela luta entre forças de esquerda e de direita. Foram nacionalizadas inúmeras empresas, e muitas personalidades associadas ao antigo regime foram forçadas ao exílio. Em 25 de abril de 1975, um ano após o levante, foram realizadas as primeiras eleições livres, para a composição de uma Assembléia Constituinte. O processo eleitoral deu maioria aos membros do Partido

Socialista (38%), secundado pelos conservadores do Partido Popular Democrático (26%), mas com uma votação expressiva do Partido Comunista (12%). Juntos, socialistas e comunistas obtiveram aproximadamente 50% das cadeiras na Assembléia Constituinte. Tal hegemonia expressou-se no texto da Constituição, de forte pendor socializante. No entanto, a concepção de Estado que resultou ao final é claramente identificada com os postulados do Estado Democrático Social de Direito, com um sistema de governo de tipo parlamentarista e adesão aos postulados de uma economia de mercado. A Constituição foi promulgada em abril de 1976, e tornou-se a principal referência de um novo constitucionalismo, no qual, os parâmetros do Estado Democrático Social de Direito instituídos pela Constituição de Bonn (1949) foram retomados e aprofundados, passando o seu texto, a servir como referência fundamental para processos constituintes que lhe seguiram, com destaque para a Constituição espanhola (1978) e para a brasileira (1988).

Assim como já havia ocorrido com a Lei Fundamental alemã, a Constituição portuguesa de 1976 abriu espaço para um amplo movimento de normatização dos direitos fundamentais em geral, e em especial, dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Para analisá-la, seguiremos os passos daquele que, a exemplo do que se deu com Konrad Hesse em relação à Constituição alemã, se tornou um dos mais autorizados interpretes da Constituição de Portugal: J.J. Gomes Canotilho. Para os objetivos de nossa investigação, interessarão de forma especial os elementos que envolvem o chamado “princípio da socialidade”, bem como, as questões referentes ao regime dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ademais, ao investigar este campo normativo no âmbito da experiência constitucional portuguesa, estaremos levantando uma série de problemas que se colocam diretamente no plano de nossa própria história constitucional – dada à proximidade entre o texto português de 1976 e o brasileiro de 1988.

Contradições e ambigüidades do “normativismo revolucionário”

De início, nos chama à atenção a maneira pela qual o texto constitucional português expôs a encruzilhada política e as ambigüidades

jurídico-normativo, típicas do desenvolvimento daquilo que, mais tarde, ficaria conhecido pela expressão “normativismo revolucionário”.

Nossa reflexão toma como ponto de partida o chamado “princípio da socialidade”. Entende a doutrina que tal princípio foi explicitamente adotado pelo texto português em face da dicção do seu art. 2º., quando considera como objetivo do Estado de Direito Democrático a “realização da democracia econômica, social e cultural”. Por isso, tem-se que a realização dessa democracia econômica, social e cultural é um desdobramento político e lógico-material do “princípio democrático”. Tal assertiva se reforça ainda mais na medida em que sabemos que a maioria dos Estados europeus o admitem em sua respectiva ordem jurídica (estando expressamente previsto no âmbito do direito comunitário), como o núcleo elementar do Estado Constitucional Democrático.

A extensão da idéia de democracia se deu no texto originário da Constituição de 1976, sacramentada na chamada “opção socialista”, prevista no a pouco referido artigo 2º. A expressão “opção socialista” denota basicamente uma “palavra-de-ordem” introduzida no texto pela maioria composta por socialistas e comunistas, sob a pressão dos setores mais mobilizados da sociedade civil que acompanharam ativamente os trabalhos da Constituinte, mas não denotaria qualquer identificação com alguma posição doutrinária em particular.

De fato, o que se buscou com a introdução dessa expressão no texto constitucional, parece ter sido simplesmente a ultrapassagem do velho marco liberal-individualista. Os opositores da “opção socialista” preconizavam a formação de um Estado alheio à questão social, por entender ser esta, da alçada exclusiva dos particulares, devendo ser organizada com base em processos de auto-regulação pela via contratual, devendo o Estado apenas garantir, coativamente, se necessário, o seu adimplemento. Não admitiam como politicamente correta e tecnicamente adequada à introdução de direitos de natureza social no corpo da Constituição. Dessa forma, percebe-se que os opositores da “opção socialista”, de fato se opunham qualquer manifestação até mesmo dos parâmetros já fixados desde a primeira metade do século XX pelo Estado Social, os quais até mesmo a ditadura salazarista havia

incorporado – mesmo que no interior de uma dinâmica marcada pelo paternalismo e cooptação típicos de regimes autoritários desse gênero.

Em suma, a expressão socialista acabou "passando" até mesmo como demarcação da correlação de forças existente dentro da Assembléia Constituinte. Todavia, o seu conteúdo, deve ser avaliado pelos parâmetros normativos mais amplos contidos no próprio texto constitucional, o que reduz o seu alcance a um plano muito próximo do que já se havia institucionalizado no âmbito da experiência alemã recente em torno do princípio da socialidade.

> "A formulação de uma opção socialista foi severamente contestada. Umas vezes discutia-se se um princípio com a natureza do princípio socialista (ou até nas vestes mais modestas de cláusulas de socialidade) devia estar consagrado na Constituição. A questão, na sua globalidade, podia reduzir-se a esta pergunta: será politicamente desejável e tecnicamente correta a inserção de princípios de conteúdo social na lei fundamental de um país? Quem partir da noção de uma lei fundamental no sentido literal de simples limite do poder, quem proclamar a Constituição como garantia do *status quo*, sobretudo do *status quo* da distribuição de bens patrimoniais, quem proclamar o isolamento do estado de direito da sua ambiência social, quem continuar a insistir na idéia de Constituição de um Estado total, neutro e formal, como garantia de uma unidade pressuposta, enfim, quem considerar a questão social apenas como uma realidade natural, não pode ter outra resposta que não seja a de relegar os princípios sociais de uma Constituição (desde o princípio socialista a qualquer cláusula da socialidade, por mais vaga e indiferenciada que seja) para o lugar modestíssimo de um problema administrativo."[58]

No entanto, a presença do princípio da socialidade no âmbito do texto constitucional, sobretudo, se com a intenção expressa de se constituir os fundamentos normativos de um Estado Democrático Social de Direito, justifica-se sobre vários aspectos. Em primeiro lugar, devemos ter em mente que, anos após aqueles calorosos debates na Assembléia Constituinte, parece indiscutível a existência de uma dimensão social e econômica ao lado (ou como elemento constituinte) de uma dimensão política no âmbito daquilo que costumamos denominar por "princípio democrático". Isto porque, não se pode compreender a democracia política como um valor dotado de relevância constitucional ao lado de uma democracia social cuja existência e

desenvolvimento dependeria de uma intervenção residual do Estado administrativo. Em segundo lugar, a idéia de um Estado de Direito neutro, meramente formal, abre de tal forma o campo de intervenção às forças políticas que se corre o risco de deixá-las entregues à própria sorte de todo o jogo de clientelas, de ações corporativistas, de completo alheamento político-social, desconectadas dos grandes temas que interessam ao desenvolvimento e a justiça social.

Diante desse perigo iminente, justifica-se a necessidade prevista pelo constituinte de circunscrever minimamente um conjunto de tarefas, cujo conteúdo e forma específica, caberiam ao princípio democrático, garantidor da disputa político-eleitoral, preencher. E por último, temos que a reserva da cláusula da socialidade pelo "Estado administrativo" implicaria em retirar à própria democracia política (do Legislativo e da Lei) importantes comandos constitucionais. O resultado prático de tal operação, parece só interessar àqueles que se pautam pela mera estabilização das relações de poder e mando existentes. O que se acaso viesse a ocorrer, esvaziaria substancialmente o potencial de legitimidade do novo texto constitucional – sobretudo, em face das circunstâncias históricas objetivamente vividas pelo povo português.

De qualquer forma, os excessos verborrágicos determinados pelo momento histórico no corpo do texto constitucional português acabaram sendo suprimidos e/ou re-elaborados ao longo das sucessivas revisões a que foi submetido desde a sua promulgação. Neste sentido procederam três revisões constitucionais (1ª., 2ª., 4ª., realizadas respectivamente em 1982, 1989, 1997), por meio das quais, dentre outras coisas, eliminou-se a "opção abstrata e ideológica" da "decisão socialista", e aquilo que Canotilho denominou por "suas refrações escatológicas" (libertação da exploração do homem pelo homem) e "econômicas" (apropriação coletiva dos principais meios de produção e irreversibilidade das nacionalizações). Em substituição a estas locuções, o texto revisado optou por outras, designativas de "novas premissas normativas de justiça econômica e social", por meio das quais se buscou uma abertura maior para o chamado "social concreto", por uma nova normatização

---

[58] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 334.

do universo social, cujo desenvolvimento e implementação foram endereçados não apenas ao Estado, mas também aos próprios cidadãos.

As revisões foram aproveitadas também para reforçar no texto constitucional a defesa do meio ambiente, em um âmbito que buscou ir além de uma tutela puramente patrimonial, mas que tentou preservar os meios necessários para uma sadia condição de vida também para a presente e as futuras gerações (natureza jurídica de direito fundamental intergeracional).

O princípio da socialidade e a democracia econômica, social, e cultural

A articulação entre os preceitos instituidores da democracia política (art. 9º., da CRP) e da democracia social, econômica e cultural (art. 2º., da CRP) é que deixa claro a maneira como a concretização da segunda decorre lógico-materialmente da primeira. Isto porque, no plano do Estado Democrático Social de Direito, o princípio da socialidade, implica em um objetivo que só pode ser realizado (conforme já observou Konrad Hesse no contexto da Lei Fundamental alemã) mediante o respeito às exigências simultaneamente postas pelo princípio democrático (respeito ao preceito majoritário) e ao do Estado de direito (tutela das minorias contra as maiorias circunstanciais). Tal articulação deve ainda harmonizar-se com os valores e princípios da soberania popular, dos direitos e liberdades fundamentais, e do pluralismo político e ideológico expresso por uma organização do jogo político por parâmetros democráticos.

> "O princípio da democracia econômica, social e cultural tem a mesma dignidade constitucional do princípio do Estado de Direito e do princípio da democracia política, estando, tal como eles, garantido contra lei de revisão substancialmente perversoras. Todavia, ele apresenta duas dimensões especificas relativamente a estes dos princípios: (1) uma dimensão teleológica, pois a democracia econômica, social e cultural é um objetivo a realizar no contexto de um processo público aberto – Estado social como processo -, e, por isso, ela apresenta-se como um fim do Estado (art. 9º./d); (2) uma dimensão impositivo-constitucional, pois muitas das suas concretizações assentam no

> cumprimento de fins e tarefas por parte de órgãos de entidades públicas."[59]

Os elementos estruturantes da democracia econômica, social, e cultural

Temos então que, por meio de inúmeras modificações promovidas no texto constitucional através de procedimentos de revisão, promoveu-se, uma depuração daquelas expressões e conceitos excessivamente datados pelo fervor revolucionário. Ao mesmo tempo, assentou-se um novo plano normativo mais adequado às características de uma sociedade amadurecida, menos propensa a radicalizações, porém, mais interessada na realização prática daqueles fins e objetivos constitucionalmente traçados. E nesse sentido, torna-se de fundamental importância uma melhor explicitação daquilo que poderíamos denominar por "*elementos estruturantes do princípio da democracia econômica e social*", que a seguir passaremos a comentar.

1 - O primeiro elemento estruturante da democracia econômica e social diz respeito à sua *imposição constitucional e o âmbito da discricionariedade legislativa*. Trata-se de uma imposição obrigatória, dirigida aos órgãos de direção política, como os poderes legislativo e executivo, vinculando-os diretamente aos dispositivos constitucionais de forma a exigir que tais poderes desenvolvam uma atividade econômica e social capaz de conformar as estruturas socioeconômicas de modo a garantir a sua evolução no sentido estabelecido pelo "programa constitucional". Em seu núcleo essencial, o princípio da democracia econômica e social estabelece uma mandato constitucional juridicamente vinculativo com o objetivo de limitar a discricionariedade legislativa, exigindo deste poder uma intervenção com o objetivo de realizar o seu conteúdo sem, no entanto, estabelecer a forma ou os mecanismos por meio dos quais os poderes estatais atingirão aquele objetivo. O constituinte fixou previamente uma exigência, mas deixou aos sujeitos políticos atuantes perante a sociedade e o parlamento uma margem de discricionariedade, por meio da qual, cada um deve apresentar uma proposta

[59] Op. Cit., p. 335.

que acredita ser a mais apta para a realização daquele. As escolhas dos meios hábeis à concretização da democracia econômica e social deverão ser objeto de disputa ou acordo entre os atores políticos – daí porque se dizer que a realização da democracia econômica e social decorre política e lógico-materialmente do princípio democrático.

2 - O segundo elemento diz respeito à caracterização do *direito como instrumento de conformação social*. Trata-se de uma autorização constitucional para que o legislador, bem como, outros órgãos estatais encarregados da concretização dos objetivos e fins político-constitucionais, para adotarem as medidas que entenderem necessárias para que se possa garantir uma evolução para o conjunto da ordem jurídica de forma a respeitar os postulados da justiça constitucional em sua busca pela realização da justiça social. O princípio da democracia econômica e social (princípio da socialidade), como elemento fundamental do Estado Democrático Social de Direito, impõe tarefas que devem ser cumpridas pelos órgãos estatais, no sentido de se conformar, transformar e modernizar as estruturas econômicas e sociais. O elemento teleológico que deve inspirar tal iniciativa será indiscutivelmente a promoção da "igualdade real", "material" ou "substancial" entre os portugueses, conforme expressamente estabelecido pelos arts. 9º., / *d* e 81º. / *a* e *b*, da CRP. Trata-se aqui de imperativo constitucional que qualifica o princípio da igualdade, no sentido de se exigir a ultrapassagem de sua concepção meramente formal, isonômica, como a de sua configuração sob uma ordem jurídica liberal-individualista.

3 - O terceiro elemento estruturante da democracia econômica e social é talvez, um dos mais importantes, sobretudo, em momentos nos quais o Estado Democrático Social de Direito se vê sob o ataque das ideologias neoliberais. Trata-se do *princípio do não retrocesso social* ou da *proibição do retrocesso social*. Por meio dele busca-se estabelecer que os direitos econômicos e sociais, dentre os quais, poderíamos exemplificar os direitos trabalhistas, o direito à assistência social, o direito à educação, etc., uma vez obtido um determinado patamar de realização, tornar-se-iam objeto de uma garantia institucional, conferindo a todos aqueles por eles beneficiados um "direito subjetivo". Canotilho deixa claro que, o princípio da proibição de retrocesso, "nada pode fazer contra recessões e crises econômicas", por ele denominadas

como “reversibilidade fática”, mas ressalva que o princípio limita a reversibilidade de direitos adquiridos – o que teria implicações diretas em campos como os da seguridade social e do seguro contra o desemprego involuntário.

A contrariedade a tais pressupostos implicaria na violação dos preceitos referentes à proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural. Em seu limite, tal vulneração atingiria o núcleo essencial de uma existência mínima inerente ao respeito à dignidade da pessoa humana, verdadeira causa de existir do Estado Democrático Social de Direito, seu lastro de legitimidade. Inspirando-se novamente na Lei Fundamental alemã e na jurisprudência do seu Tribunal Constitucional, associa-se aqui o direito subjetivo a prestações materiais por parte do Estado ao núcleo constitucional do próprio “direito de propriedade”.

Tal formulação se torna ainda mais plausível, quando se sabe que, para a maioria dos trabalhadores, os benefícios previdenciários, por exemplo, podem ser o único e mais importante bem adquirido ao longo de toda a sua vida. Um bem pelo qual ele pagou durante décadas, e em relação ao qual, ajuste contábil algum do Estado pode justificar a sua supressão ou mesmo redução. Daí porque, a doutrina, tanto alemã quanto a portuguesa, utiliza-se da expressão “direitos prestacionais de propriedade subjetivamente adquiridos”. Neste sentido, o princípio da proibição do retrocesso impõe um limite jurídico ao legislador, ao mesmo tempo em que, lhe impõe também uma obrigação para a prossecução de uma política congruente com manutenção e ampliação dos direitos concretamente consolidados e com as expectativas subjetivamente alicerçadas.

Nesse sentido, seguindo a trilha aberta por Canotilho, afirma-se que a violação do núcleo essencial de um direito econômico, social ou cultural efetivado justifica e exige a aplicação da sanção de inconstitucionalidade “relativamente às normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social”. É neste sentido que ele afirma que seria inconstitucional uma lei que extinguisse o direito ao seguro desemprego ou que pretendesse alargar desproporcionalmente o tempo de serviço necessário para a sua aquisição. Neste sentido, a liberdade de conformação do legislador no âmbito das leis sociais nunca poderia afirmar-se sem reservas, pois no âmbito do Estado

Democrático
Social de Direito, esta liberdade de conformação estaria sempre sujeito às limitações que impõe a proibição de discriminações sociais e de políticas anti-sociais.

Isto não quer dizer que a Constituição impede a modificação destes textos de lei – que introduzem direitos econômicos e sociais. Até porque, como é de amplo conhecimento, norma e texto não se confundem, já que a norma é produzida a partir da interpretação de um determinado texto que lhe serve de suporte. Dessa forma, a convivência social exige pela sua complexidade um permanente processo de adaptação, que no âmbito normativo, pode se dar com ou sem a modificação de um texto legal – como, por exemplo, nos processos de mutação constitucional.

Com isso quer se afirmar que, o que ocorre não é imutabilidade do texto legal, mas da norma que garantiu à sociedade aquele novo patamar de civilidade. E essa conquista que não pode, à força de um argumento meramente instrumental, de ajuste de um modelo econômico qualquer, jogar por terra a proteção à confiança que o Estado deve à sociedade. Neste sentido, o legislador pode até modificar o texto de uma norma que concedeu direitos econômicos e sociais. E eventualmente, pode até alterar e/ou suprimir algum benefício, desde que outros sejam ali mesmo admitidos e, que em sua concreção material, representem um acréscimo ou uma compensação objetiva à perda imposta, de forma que, se preserve o núcleo essencial da norma objeto de modificação. Pois na medida em que essas normas instituem direitos econômicos e sociais, elas contribuem para a elevação de um patamar civilizatório mínimo, que ao menos naquilo que se denomina por seu "núcleo essencial",[60] não admite retrocesso.

[60] O conceito de "núcleo essencial" como trincheira intransponível na tutela dos direitos sociais sempre trouxe muitas dificuldades, e não foram poucos, os que a ele negaram plausibilidade jurídico-nomrativa. E entre os que relutantemente o admitiram, poucos não foram os que tentaram reduzir-lhe o alcance ao plano daquilo que alguns doutrinadores alemães chamaram de "mínimo vital", um patamar necessário para se garantir a mera sobrevivência – em um sentido quase vegetativo – do indivíduo. Em nossa opinião, tal interpretação, não poderia prosperar, por estar o conceito de "núcleo essencial" articulado à própria idéia de dignidade humana, como de resto, se alinha boa parte da doutrina. Neste sentido: "Que tal núcleo essencial encontra-se diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, constitui uma das teses centrais aqui sustentadas, ainda que sem qualquer pretensão de originalidade. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto das prestações materiais que asseguram, a cada indivíduo, uma vida

Por isso, eventuais modificações dessas normas jurídicas, deverão necessariamente observar os princípios ínsitos ao Estado de direito vinculativos da atividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. Segundo Canotilho,[61] "o princípio da proibição de retrocesso pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social definido em termos meramente ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade têm como limite a núcleo essencial já realizado".

O Estado Democrático Social de Direito admite as premissas de uma economia de mercado. E na medida em que se sabe que tal economia se define no plano de uma divisão internacional do trabalho, marcada pela competição entre as diversas sociedades que a compõe, adaptações legislativas podem e devem ser feitas com o intuito de preservar-se a competitividade da economia nacional. Mas a Constituição e o direito foram criados para servir à sociedade, e não ao "mercado". E este também pode e deve adaptar-se aos imperativos de justiça social – sendo que, se o Estado nacional, bastião da modernidade política, hoje se mostra incapaz de fazê-lo, que se comece a pensar uma alternativa ao Estado nacional, como na prática já ocorre no âmbito do direito comunitário. Daí porque fixar-se o princípio da

---

com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais." SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 433-434.

[61] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 337-338.

proibição do retrocesso social como um dos fundamentos mais importantes da democracia econômica e social.

> "A dinâmica das relações sociais e econômicas, notadamente no que concerne às demandas de determinada sociedade em matéria de segurança social e, por via de conseqüência, em termos de prestações sociais asseguradas pelo poder público, por si só já demonstra a inviabilidade de se sustentar uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais. Se somarmos a estes fatores à variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade (de qualquer Estado e sociedade, como deflui da experiência vivenciada em quase todos os recantos do planeta) como um todo, especialmente num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social (que por sua vez, resulta no aumento da demanda por proteção social), acompanhado de problemas na esfera da arrecadação de recursos que possam dar conta dos reclamos na esfera da proteção social, igualmente dá conta que o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia resultar em uma vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto. (...) Assim, como já deflui o próprio texto, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido."[62]

4 - Como quarto elemento estruturante podemos apontar o próprio *princípio da democracia econômica, social e cultural na condição de elemento de postulado normativo de interpretação*. Constitui postulado normativo de interpretação, sobretudo quando se procede a chamada "interpretação conforme a Constituição" – técnica de controle de constitucionalidade. Tanto no âmbito legislativo, quando no da administração e os tribunais estão vinculados em sua atuação interpretativa ao referido princípio, quando avaliarem atos do poder público em face da Constituição. Aliás, o elemento vinculativo se faz presente com maior intensidade naqueles atos sujeitos ao exercício de poder discricionário e na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados – presunção do exercício do poder discricionário da administração à luz do princípio da socialidade.

---

[62] SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 432-433.

5 - O quinto elemento estruturante diz respeito à *natureza impositiva da democracia econômica, social e cultural*. Este elemento, nas palavras de Canotilho, “justifica e legitima a intervenção econômica constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios econômico, social e cultural (‘realização e concretização de direitos sociais’)”. O grande constitucionalista português afirma também que o “princípio da subsidiariedade”, ora consagrado como princípio constitucional (tanto em Portugal, quanto no âmbito da ordem constitucional econômica brasileira) não poderia ser invocado na qualidade de cláusula de barreira ou de presunção de não estatalidade para impor a excepcionalidade das intervenções públicas – sobretudo, no domínio econômico. De fato, tradicionalmente, o princípio da subsidiariedade implicava em que o Estado deveria assumir uma função meramente acessória ou complementar na conformação da vida econômica e social. Ocorre que tal concepção tinha razão de ser no contexto do capitalismo liberal que a muito já deixou de existir. No entanto, no presente, o Estado converteu-se em “Estado socialmente vinculado”, colocando-se em oposição à idéia de subsidiariedade. Neste sentido, as chamadas “intervenções socialmente constitutivas do Estado” não devem ser confundidas com disciplina da economia, assim como não se admite a idéia de que tais intervenções estatais deveriam ser uma faculdade meramente supletiva, atuando especificamente junto aos setores caracterizados por forte carência social. Deve-se rejeitar por completo a idéia de “subsidiariedade horizontal ou social” referente às relações entre os poderes público e privado. De conformidade com os novos preceitos introduzidos pela Constituição de 1976 o Estado estaria obrigado por ela a manter e a desempenhar um papel de alta relevância no âmbito dos direitos sociais. Isso não implica em negar-se que o livre desenvolvimento cultural, social e econômico dos cidadãos constitui um processo público aberto às mediações de entidades privadas, tais como instituições de solidariedade social, associações desportivas, cooperativas de habitação, etc.

> “O princípio da democracia econômica, social e cultural é, porém, uma imposição constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais (ex: rendimento

> mínimo garantido, subsídio de desemprego). A atividade social do Estado é, assim, atividade necessária e objetivamente pública. Estado aqui entendido em sentido amplo. Quando determinadas tarefas não pertencerem ao Estado por obediência ao princípio da subsidiariedade territorial ou vertical (art. 6º./1, na redação da LC 1/97) as atividades socais dos entes regionais e autárquicos terão as mesmas características."[63]

6 - Como sexto elemento estruturante do princípio da socialidade no âmbito da Constituição portuguesa aponta-se a aplicação do *princípio da democracia econômica e social como fundamento de pretensões jurídicas*. Canotilho nos conta que o princípio da democracia econômica e social não pode ser concebido como um "conceito em branco", destituído de substância normativo-constitucional. Temos aqui uma questão da maior importância, e que já foi enfrentada no tópico anterior ao comentarmos a configuração do Estado Democrático Social de Direito no bojo da Constituição Alemã de Bonn e as posições de Konrad Hesse a seu respeito. Na concepção de Hesse, normas constitucionais que instituem direitos sociais na forma de objetivos e fins destinados ao Estado não poderiam fundamentar pretensões jurídicas individuais, visto que, não criam direitos subjetivos. Canotilho recoloca a questão no âmbito da Constituição portuguesa indagando acerca da possibilidade de se utilizar o princípio da democracia econômica e social como fundamento imediato e autônomo de pretensões jurídicas. Chama a atenção para o fato de, em sua opinião, não ser possível aos portugueses argumentar no sentido de o princípio em questão se reduzir a uma "simples cláusula de socialidade de caráter político-organizatório-programático", que em assim sendo, não seria apta para alicerçar a consagração concreta de direitos sociais, econômicos e culturais.

Na opinião do publicista português, o princípio da democracia econômica, social e cultural estaria concretamente plasmado em numerosos preceitos consagradores de direitos subjetivos dos cidadãos. Reconhece que, de uma maneira geral, quando se indaga acerca da possibilidade concreta do cidadão, com base no princípio, fundamentar perante os tribunais pretensões subjetivas, a resposta costuma ser negativa – com fundamento na compreensão de que se trata de um princípio jurídico fundamental objetivo, e

---

[63] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria

não de uma norma de prestação subjetiva. Em apoio a tal entendimento, militaria o fato da democracia econômica, social e cultural constituir uma tarefa do legislador e do administrador, e não dos tribunais. Argumenta-se que os órgãos judiciais não teriam, na aplicação do princípio, parâmetros racionais que os auxiliasse na fundamentação de sua decisão.

Canotilho concorda com as posições já apresentadas por Konrad Hesse acerca das conseqüências normativas da cláusula da socialidade, como a não recepção de legislação anterior ou a revogação de norma com ele incompatível, bem como, a sua utilização como critério para o controle de constitucionalidade e/ou para a interpretação da Constituição. Ao final, acrescentam-se novas situações de desenvolvimento normativo do princípio, aptos para fundamentar pretensões subjetivas, nos casos de inconstitucionalidade da lei por violação do princípio. Em primeiro lugar, aponta as situações de inatividade arbitrária do legislador característica da inconstitucionalidade por omissão, no qual os cidadãos podem se dirigir aos órgãos que, no âmbito do sistema constitucional português, possuem competência para suscitar a questão da inconstitucionalidade por omissão (art. 283º., da CRP) com o intuito de obter-se uma "recomendação" a favor da concretização legislativa das imposições constitucionais de legislar contidas no princípio da democracia econômica e social. Em segundo lugar, nos casos de situações particulares de necessidades sociais justificadoras de uma imediata pretensão dos cidadãos a partir do princípio da defesa de condições mínimas de existência inerentes ao respeito da dignidade da pessoa humana. E por fim, faz referência aos casos em que o legislador intervêm restritivamente na legislação social existente, sacrificando o mínimo existencial do cidadão, como seria o caso, em sua opinião, de uma lei que autorizasse a penhora total ou quase total dos salários ou das pensões recebidas da seguridade para satisfazer a execução de uma dívida. Em casos como esse, caberia aos poderes estatais encontrar, no âmbito do sistema constitucional, uma solução que protegesse a pretensão do cidadão, inclusive harmonizando uma eventual tutela a ele deferida com eventuais colisões com outros interesses - públicos ou privados.

Almedina, 2002, p. 339-340.

> "A dimensão subjetiva do princípio justificará também, no caso de se verificarem determinados condicionalismos, a prevalência dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação de conflito com outros direitos. Assim, por exemplo, o princípio da socialidade prevalecerá sobre o direito de propriedade no caso de o despejo de habitação constituir uma medida gravemente atentatória da dignidade da pessoa humana. O juiz poderá e deverá suspender a execução da sentença de despejo e o proprietário deverá ser indenizado pela não execução da mesma sentença."[64]

7 - Na condição de sétimo elemento estruturante do princípio da socialidade no contexto do Estado Democrático Social de Direito português, temos a aplicação do *princípio da democracia econômica, social e cultural como princípio organizatório*. Trata-se da organização da prossecução das tarefas constitucionalmente instituídas pelos poderes públicos. A administração pública é, pelos termos da Constituição, uma administração socialmente vinculada à estruturação de serviços que devem fornecer prestações sociais, tais como, ensino, saúde, previdência social, etc. É relevante afirmar-se que, tal vinculação, não proíbe que tais prestações sejam asseguradas por esquemas organizatórios jurídico-privados ou por entidades autônomas. Isto porque, contemporaneamente, o Estado Democrático Social de Direito pode ser descrito como um processo político-organizativo socialmente ativo, mas que não está obrigado à prestação de serviços de forma direta. Canotilho ressalva novamente que há um limite imposto pelo princípio da democracia econômica, social e cultural: "o acesso aos bens públicos (ensino, energia, água, comunicação, crédito) não pode implicar na violação do núcleo essencial dos direitos sociais já efetivados". Ou seja, a transmutação de formas de organização públicas em esquemas organizatórios privados, como telecomunicações, energia e crédito, pressuporiam a continuação do princípio da universalidade de acesso das pessoas aos bens indispensáveis a um mínimo de existência. Tal pressuposto, por exemplo, poderia até mesmo vincular uma concessionária de energia elétrica à manutenção de uma isenção aos consumidores de baixa renda que estivessem dentro de uma faixa mínima de consumo de energia, sem que tal vinculação, pudesse ser afastada a título

[64] Op. Cit., p. 341.

de colisão com o princípio da livre iniciativa e da propriedade privada. Com isso tem-se que, o fato de os serviços públicos deixarem de ser prestados por empresas públicas, e passarem a ser fornecidos por particulares, não significa que eles deixam de ser vinculados aos direitos fundamentais. Aliás, tais pressupostos do Estado Democrático Social de Direitos há muito já foram incorporados até mesmo pelo direito comunitário, como se pode perceber pela Carta Européia de Direitos Fundamentais que alçou à condição de direito fundamental o direito a serviços de interesse econômico em geral (art. 36º.), devendo os mesmos, serem prestados de forma igualitária (a todos os que reúnam as condições de *utente*) e, progressivas (por meio de tarifas redistributivas procura-se garantir a prestação do serviço aos mais carentes). As condições de acesso aos serviços públicos prestados por particulares devem ser por sua vez, objetivas, transparentes e não discriminatórias.

8 - Por fim, o oitavo e último elemento estruturante da socialidade estabelece o *princípio da democracia econômica, social e cultural como limite para revisão constitucional*. Na opinião de Canotilho, tal princípio encontra-se garantido contra a revisão constitucional, ainda que o art. 288º. da CRP (que trata da questão) não faça alusão expressa a tal vedação. Isto porque, da mesma forma que o dispositivo em questão, não faz referência ao princípio da democracia política, entende-se que este, assim como o princípio da democracia econômica, social e cultural, constitui um limite material não expresso ao poder de revisão. Tal entendimento se fundamenta nas alíneas *d*), *h*) e *i*), do mesmo dispositivo constitucional, para o princípio democrático e; nas alíneas e), f) e g), para o princípio da democracia econômica, social e cultural.

Uma vez apresentados os elementos estruturantes do princípio da socialidade, expressos no âmbito da Constituição portuguesa de 1976 pelo princípio da democracia econômica, social e cultural e, os principais desdobramentos normativos que deles resultam, abordaremos os aspectos referentes à concretização constitucional do referido principio.

Aspectos problemáticos referentes à concretização dos postulados estabelecidos pela democracia econômica, social, e cultural

Apesar da doutrina comumente utilizar a expressão “Constituição econômica”, como forma de se ressaltar o tratamento dado por um

determinado texto constitucional à economia, tal expressão deve ser entendida no seu sentido mais estrito.

Ou seja, como conjunto de disposições constitucionais compostas por "regras" e "princípios" por meio dos quais se busca a conformação da ordem fundamental da economia. Neste sentido, e em estreita conexão com o princípio democrático, consagrou-se uma "Constituição econômica" que, não chegando a instituir uma ordem econômica específica ou um "sistema econômico" abstrato e puro, caracteriza-se pela instituição de um plano normativo por meio do qual se busca a implementação de uma democracia econômica e social.

Dessa maneira, a Constituição restringiu o âmbito de conformação político e legislativo, ao mesmo tempo em que, traçou as linhas gerais de uma política econômica e social que deverá ser desenvolvida e concretizada pelo legislador. Este, ao receber o assentimento popular, deve saber que o faz em razão de uma proposta ou programa por ele apresentada e por meio do qual se propõe a realizar, da melhor forma possível, as tarefas e os objetivos que o constituinte (fonte jurídico-política do seu poder e legitimidade) previamente traçou para a sociedade em questão. Nesse âmbito, a discricionariedade legislativa é essencialmente de meios, não de fins.

> "Por outras palavras: o princípio da democracia econômica e social, quer na sua configuração geral, quer nas concretizações concretas, disseminadas ao longo da Constituição, constitui um limite e um impulso para o legislador. Como limite, o legislador não pode executar uma política econômica e social de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais; como impulso, o princípio da democracia econômica e social exige positivamente ao legislador (e aos outros órgãos concretizadores) a prossecução de uma política em conformidade com as normas concretamente impositivas da Constituição. Esta política, como demonstra J. Rawls, tanto pode ser de cariz liberal-social (não socialista) como de natureza social-democrata (com alguns acenos socializantes), desde que se proponha satisfazer as expectativas dos menos favorecidos em condições de uma justa igualdade de oportunidades."[65]

Da mesma forma, é comum a utilização "Constituição do trabalho", ainda que não haja no texto da Constituição portuguesa nenhum título ou capítulo

[65] Op. Cit., p. 344.

especial com esta expressão. Aliás, não se pode mesmo imaginar a existência de realidades autônomas dentro da Constituição, visto que, uma Constituição não se interpreta aos pedaços, de forma estanque ou compartimentada, mas em seu plano global, como sistema normativo aberto de regras e princípios. Por isso, expressões como constituição, econômica, do trabalho, ou financeira devem ser tomadas em um contexto basicamente heurístico ou operativo.

No entanto, não há dúvida de que a Constituição portuguesa instituiu uma ordem constitucional do trabalho. Canotilho levanta duas ordens e questões para alinhar-se com esse entendimento. Em primeiro lugar, aponta que os preceitos constitucionais do trabalho reconduzem às normas de garantia *ao* trabalho, do direito *do* trabalho e dos direitos *dos trabalhadores*. Neste sentido, a Constituição teria atribuído a esse universo de direitos e garantias uma dimensão claramente subjetiva, atribuindo-lhes o caráter de direitos fundamentais, e por isso, agrupou-os em um capítulo assim denominado. Em segundo lugar, buscando-se superar a concepção tradicional que compreende os direitos trabalhistas como simples direito de proteção, buscou a ordem constitucional erigir o trabalho, o emprego, os direitos dos trabalhadores e a intervenção democrática dos trabalhadores no âmbito da empresa, em elemento constitutivo da ordem constitucional global. Em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social.

Da mesma forma, Canotilho nos diz que o conceito de “Constituição social” utiliza-se para designar o conjunto de direitos e princípios de natureza social, formalmente plasmados ou objetivados na Constituição. Distinguindo-se de outras ordens constitucionais, aquelas por meio das quais se introduz um autêntico Estado Democrático Social de Direito, não se conformam em tratar a sociedade com base em um conceito extra-constitucional. Mas ao contrário, busca configurá-la normativamente com base em um “super-conceito” que englobaria os princípios fundamentais do que tradicionalmente se define por “direito social”. Este super-conceito, no plano do texto constitucional, articula-se em torno de dois campos distintos e complementares: o dos direitos sociais e o do princípio da democracia social.

No primeiro campo, teríamos o catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais inseridos no Capítulo II da CRP. Tais direitos reivindicam uma

democracia econômica, social e cultural em um duplo sentido: a) seriam eles direitos de todos os portugueses (previdência social, saúde, habitação, ambiente e qualidade de vida), expressamente previstos em diversos dispositivos do texto constitucional; b) pressuporiam um tratamento preferencial para aqueles que em virtude de sua situação econômica, física ou social, não teriam como desfrutar desses direitos, e aqui também, existe um amplo leque de dispositivos no texto da Constituição garantindo esta prerrogativa. Canotilho ainda nos fala acerca de um terceiro sentido no qual se poderia apontar para uma tendência (normativamente posta pelo sistema constitucional) à igualdade dos cidadãos no que diz respeito às prestações sociais. Como exemplo de tal possibilidade, poderíamos apontar a existência de um sistema de seguridade social unificado previsto no artigo 63º. /2 da CRP, ou para o serviço nacional de saúde, de caráter universal, geral e tendencialmente gratuito (art. 64º. /2), bem como para uma política nacional de prevenção, reabilitação e integração dos deficientes (art. 71º. /2).

Em um segundo campo (“princípio da democracia social”), teríamos a manifestação de um princípio objetivo, também derivado de outros dispositivos constitucionais. Dentre estes, o mais importante será inequivocamente a dignidade da pessoa humana (art. 1º., da CRP), que em outras ordens jurídicas costuma ser considerado um princípio objetivo e, por isso, uma via de derivação de derivação política de direitos sociais. Com relação ao princípio da igualdade ou dignidade social (art. 13º.), dele derivaria uma imposição dirigida de forma especial ao legislador, no sentido de criar as condições sociais que garantam igual dignidade social em todos os aspectos da vida comunitária. Daí porque, o princípio da democracia social não poderia ser reduzido a um esquema pontual, no qual se listariam serviços e/ou benefícios ligados à segurança, previdência e assistência social. Mas abrangeriam um conjunto de tarefas conformadoras, voltadas para a efetivação de uma dignidade social “substantiva”, capaz de se apresentar como expressão objetiva da cidadania e da igualdade “real” ente os portugueses – conforme se inscreve no art. 9º. /d, da CRP.

Quanto à determinação da “Constituição cultural” ou ordem constitucional da cultura, composta por múltiplas dimensões interligadas nas quais se destacam o direito à educação e à cultura, ao ensino e, ao desporto,

percebe-se que não constitui intuito do princípio da democracia econômica, social e cultural a sua limitação a um plano material-econômico. Isto porque se fala em prestações existenciais destinadas a assegurar uma existência humana digna, pretendendo-se afirmar aqui, a indissociabilidade entre vida digna, expressão cultural livre e autêntica, e democracia (ou pluralismo) cultural. Daí porque, o art. 73º. /2 e 3, determina que as instituições democráticas de ensino devam incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos à fruição e à criação cultural, bem como o art. 74º. /1, determina o direito ao ensino e à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar; o art. 74º. /2 – a institui a gratuidade e obrigatoriedade do ensino básico, que deve ter natureza universal, e o art. 74º. /3 – d garante o acesso de todos os cidadãos aos graus mais elevados de ensino e à investigação e criação artística segundo as suas capacidades.

> "A criação dos pressupostos concretos do direito à cultura e ensino (pressupostos materiais da igualdade de oportunidades) é condição ineliminável de uma real liberdade de formação e de desenvolvimento da personalidade (art. 73º. /2) e instrumento indispensável da própria emancipação (progresso social e participação democrática, art. 73º. /2). Igualdade de oportunidades, participação, individualização e emancipação, são componentes do direito à educação e à cultura, e dimensões concretas implícitas no princípio da democracia cultural. Por último, as instituições democráticas de ensino e da cultura transformam-se, no quadro constitucional, em mecanismos de direção, conformadores de novas estruturas sociais: progresso social e participação democrática (art. 74º. /2), ligação do ensino com as atividades econômicas, sociais e culturais (art. 74º. 3 – f)."[66]

No entanto, é bom afirmar-se que a ênfase dada à dimensão "existencial" da vida cultural, não implica em renúncia ou menoscabo para com as prestações culturais de natureza material. Estas se manifestam através de programas culturais amparados em políticas públicas baseadas em subvenções e/ou políticas fiscais voltadas para o incentivo da prática cultural por meio da transferência de recursos da sociedade (renúncia fiscal) para projetos culturais específicos, como se dá na realidade brasileira em torno de leis de incentivo à produção artística e ao esporte.

---

[66] Op. Cit., p. 347.

Princípio da socialidade e igualdade material/substancial

Por último, o plano de concretização do princípio da socialidade no contexto do Estado Democrático Social de Direito constituído pela Constituição portuguesa de 1976, não poderia deixar de atribuir uma posição especial para o princípio da igualdade. Aliás, pelo conjunto da exposição até agora efetuada, apresenta-se como patente à conexão entre os princípios da igualdade e da democracia econômica, social e cultural.

Canotilho afirma que a democracia econômica e social abrangeria duas dimensões da tríade clássica legada pela revolução Francesa: *liberté* e *égalité*. Para ele, em face da dogmática constitucional atual, não se poderia interpretar o princípio da igualdade como um "princípio estático", indiferente à eliminação das desigualdades, pois assim como o princípio da democracia econômica e social devem ambos, ser interpretados em um sentido "dinâmico", impositivo de uma "igualdade material".

Sendo assim, no âmbito do Estado Democrático Social de Direito instituído pela Constituição de 1976, não se admite a relativização do princípio da democracia econômica e social, e muito menos, do princípio da igualdade. Relativização aqui implicaria na sua recepção tradicional, como mera igualdade de tratamento – que continua a existir, enquanto fundamento da isonomia, essencial para a caracterização do princípio do estado de direito, como já afirmou Konrad Hesse.

Mas a concepção de Estado trazida por esse novo constitucionalismo, que possui as Constituições alemã e portuguesa como marco, não aceita mais esta idéia estática do princípio da igualdade, meramente formal. Ele construiu e deu fundamento normativo para uma nova dimensão do conceito, necessariamente dinâmica, material e/ou substancial. E nesse sentido, o princípio da igualdade foi despido da natureza passiva, contemplativa que nutria no bojo das concepções liberais-individualistas.

Ele agora se faz ativo, operando por intermédio de sua normatividade a transformação das estruturas sociais, ultrapassando a noção de "justiça de

igualdade" em direção a uma outra de "garantia de igualdade de oportunidades".

Assumiu sua vocação corretiva e compensatória. E por isso, qualificou-se, de fato, para a construção de uma sociedade mais justa e solidária. E por operar a mudança através do direito, qualificou-se também como uma alternativa entre as concepções autoritárias e/ou burocráticas do velho Estado social e a passividade cômoda e acovardada do Estado liberal-individualista - ou a indiferença do Estado neoliberal. Faz-se solidário e fraterno, e por isso, angaria ampla legitimidade.

> "A igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia econômica e social não é simples instrumento, não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma função conformadora tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de '*igualdade de oportunidades'* e não apenas de uma certa '*justiça de oportunidades'*. Isso significa o dever de compensação positiva da desigualdade de oportunidades (cfr., por ex., arts. 9º. /d, 20º. /1, etc.). O princípio da igualdade e o princípio da democracia econômica e social aglutinam-se reciprocamente numa unidade não redutível a momentos unidimensionais de 'estática' ou 'dinâmica' da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (*rechtsstaatliche Chancengleochheit*) e um princípio de igualdade de democracia econômica e social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*)."[67]

No âmbito contemporâneo da tradição jurídica romano-germânica, os novos postulados trazidos pela Constituição alemã de Bonn e, de forma ainda mais especifica, pela Constituição portuguesa de 1976, por sua estrutura analítica, programática e diretiva, foram os grandes responsáveis pela transmutação do princípio jurídico-normativo da igualdade no sentido acima exposto.

A elas se agregaram às contribuições teóricas de autores como Konrad Hesse e Gomes Canotilho, que lhes desdobraram os conceitos no sentido de uma maior justiça social, mas sem se descuidar dos limites e imperativos

[67] Op. Cit., p. 348-349.

jurídicos que garantem ao texto constitucional a sua força normativa, que faz valer aquilo que Hesse chamou de “vontade de Constituição”.[68]

E foram eles também que, ao desenvolverem a concepção dinâmica, material e/ou substancial do princípio da igualdade, forneceram a essa mesma tradição jurídica romano-germânica (no interior da qual se insere a nossa ordem constitucional), os fundamentos jurídico-normativos de uma ação estatal baseada em uma “discriminação positiva”. E com ela a implementação de políticas públicas lastreadas naquilo que ficou conhecido como “ações afirmativas”.

Tais iniciativas, que possuem íntima conexão com o desenvolvimento de uma concepção de Estado Democrático Social de Direito, serão apresentadas (de uma maneira geral) no final dessa segunda parte do nosso estudo e, de forma mais pormenorizada, tratando de sua instituição no âmbito da ordem jurídico-constitucional brasileira, na sua terceira e última parte.

CAPÍTULO 3º: O ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO NO ÂMBITO DO CAPITALISMO PERIFÉRICO E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

Uma concepção de Estado como a que ora discutimos, encontra inúmeras dificuldades para a sua efetivação no âmbito de uma sociedade

[68] HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor, 1991.

inserida em uma posição periférica junto ao sistema capitalista global - como é o caso da brasileira. De início porque, a própria condição periférica, subordinada aos centros políticos e financeiros do capitalismo mundial, reduz significativamente a sua margem de manobra, a sua capacidade para buscar uma posição mais vantajosa junto à divisão internacional do trabalho. Depois porque, ao longo do tempo, suas elites políticas e econômicas tendem a buscar formas de acomodação com estes centros mundiais de poder. Renunciam a qualquer projeto político e econômico próprio e, adotam como princípio a busca por um modelo de desenvolvimento econômico dependente e associado, por meio do qual, estas elites procuram “garantir o seu” - em detrimento do conjunto da sociedade nacional.

Neste sentido, o desenvolvimento do modo de produção capitalista, desde a expansão ultramarina, criou uma tendência – contrariada em raríssimas circunstâncias, como o foi no caso da sociedade norte-americana – à produção de sociedades periféricas acomodadas à sua condição, e no interior das quais, se constitui uma estrutura de classes assimétrica, marcada por profundas desigualdades. Esse perfil assimétrico e desigual não é necessariamente uma imposição do sistema econômico global, mas resulta de sua articulação com práticas políticas excludentes geradas pelas elites locais. No entanto, uma vez constituída, tais estruturas ganham dinâmica própria, e elaboram toda sorte de artifícios para garantir a sua sobrevivência e reprodução.

Daí porque a dificuldade de se institucionalizar e, sobretudo, efetivar-se um verdadeiro Estado de Direito nessas circunstâncias – visto que, a adoção formal do Estado de Direito, sua recepção no âmbito da lei e até mesmo de uma constituição, não garante a sua concretização. Mas ao contrário, surgem inúmeras práticas, por meio das quais, a ordem jurídica atinge aos iguais, mas não “aos mais iguais”. Sua natureza genérica e abstrata é ignorada, em uma teia de relações marcadas por toda sorte de privilégios e de favorecimentos. Nela possui plena aplicação o velho adágio ibérico: “aos amigos tudo, aos inimigos, a lei”.

Por vezes parece difícil compreender porque nem mesmo as formas clássicas do Estado de direito liberal-individualista, instituídas desde a Constituição do Império e, de forma mais acentuada, pela Constituição

republicana de 1891, se materializaram em uma sociedade como a brasileira. Isso, não obstante, no plano do discurso e da letra da lei, tais pressupostos estivessem presentes entre nós.

Por conta desse aparente paradoxo, faz-se necessário, em nossa opinião, uma breve exposição do seu processo histórico de constituição e desenvolvimento. Pois é com base nele que podemos apontar porque a nossa história constitucional é marcada por formalismos e fracassos institucionais. E, sobretudo, porque um modelo de Estado Democrático Social de Direito, entre nós, só se mostrou possível por meio de uma ordem constitucional de tipo dirigente como a Constituição de 1988. E não por meio de outras concepções tão mais palatáveis ao gosto de muitos dos seus críticos, tão elogiadas no âmbito da teoria da constituição contemporânea, como as concepções denominadas por “Constituição aberta” ou a “Constituição processo”.

Como procuraremos demonstrar, é a nossa história política e a sua cultura, as práticas e instituições que ela forjou ao longo de quinhentos anos de história, que transformaram crises conjunturais de um sistema político oligárquico em crise do próprio Poder Constituinte – que o projeto de uma “Constituição dirigente” procurou superar.

3.1 – Poder político oligárquico e Estado patrimonial: as fontes institucionais da desigualdade

Cada sociedade constitui uma estrutura própria e muito peculiar de poder. Este, sem dúvida alguma será definido em suas possibilidades mais gerais pela totalidade geopolítica e econômica que o envolve ou constitui. E, se assim for, o poder político no Brasil se constituiu primariamente no contexto da

expansão ultramarina ibérica, do capitalismo mercantil que propiciou e da empresa colonial.

Um poder político local constituído a partir do exterior. Legitimado por interesses forâneos - que em momento algum precisou disfarçar os seus objetivos - mas que se constitui internamente a partir de homens de carne e osso, devendo satisfação apenas a uma autoridade distante e, portanto, dotados de um poder que, em seu exercício cotidiano, fazia-se praticamente ilimitado. A autoridade política colonial constituiu-se, em princípio, como expressão acabada de uma forma peculiar de "*mandonismo*". Totalmente desobrigada diante daqueles que governava e, desconhecendo qualquer limitação à vontade pessoal daquele que se encontra investido no poder. Os que aqui desde o início exerceram o poder o fizeram como um "mandatário" de uma distante monarquia absolutista.

Mas, na medida em que se constituiu e se desenvolveu pela imensidão territorial do país, este poder foi se tornando mais complexo, desvinculado da "autoridade constituinte" e organizado sobre bases mais "concretas": a grande propriedade rural. Desde a colônia, os senhores da terra se transformaram nos senhores do poder político e do Estado. Desde então, desenvolveram uma verdadeira "cultura política" de auto-preservação, na qual a *conciliação* entre os pares (ou os "de cima", como preferia Florestan Fernandes[69]) transformou-se na pedra filosofal para a manutenção de um *"sistema político de natureza oligárquica".*[70]

O epicentro fundamental de seu poder sempre foi o controle do Estado. Um controle baseado na indiferenciação entre o público e o privado, ou, melhor dizendo, na apropriação do público pelo privado. O controle sobre o Estado viabilizou todas as composições entre facções rivais dentro do "bloco oligárquico", evitando a sua desagregação por meio da política da "*conciliação*" e do "*conchavo*".[71]

---

[69] FERNANDES, Florestan. **Apontamentos sobre a Teoria do Autoritarismo**. São Paulo: Editora Hucitec, 1979.

[70] Uma estrutura de poder político caracterizado pela formação de um grupo restrito, homogêneo, estável, com uma boa organização interna e fortes vínculos pessoais entre seus membros. Pouco confiante na lealdade de quem a ela pertence e cauteloso na admissão de novos membros. Costuma compor-se por um conjunto de facções que governa o Estado de modo autoritário, robustecendo o Executivo, controlando o Judiciário, marginalizando ou excluindo o Parlamento, desencorajando ou eliminando a oposição.

[71] Forma recorrente de composição do poder político no interior do "bloco oligárquico". Implica a resolução "amigável" das diferenças. Meio usual de cooptação de seguimentos dissidentes do poder

Assegurada à capacidade de iniciativa, pelo controle quase pessoal sobre o patrimônio público, fizeram-se também portadores de "reformas cosméticas", todas as vezes que "os de baixo" rangeram os seus dentes ou, ameaçaram desequilibrar de forma inesperada o jogo intra-oligárquico. Um certo governador de Minas Gerais (Antônio Carlos) imortalizou esta cultura com duas pérolas do bordão político da oligarquia brasileira: "*é preciso mudar alguma coisa para deixar tudo como está*" e "*façamos a revolução antes que o povo a faça*".

Simulacro. Talvez pudéssemos descrever com esta única palavra a essência daquilo que o senso comum toma como momentos de grande e significativa mudança na vida política brasileira: a ruptura do pacto colonial; a estabilidade política do segundo Império; a extinção da escravidão; a constituição da República; a "revolução" de 30; o "Estado Novo"; a re-constitucionalização de 1946; o golpe de 1964; a "Nova República".

A continuidade do sistema político oligárquico é notável. Dotada de uma identidade egocêntrica e megalomaníaca, a oligarquia possui como elemento básico de sua ação política o *"pragmatismo".* E este se sustenta por um princípio maior, aceito por todos, e que mantém a adesão quase incondicional do conjunto: *a manutenção dos seus privilégios.* Não se chocam contra os muros da História, praticando um "ludismo senhorial" anti-tecnológico. Mesmo os coronéis mais arcaicos dos nossos grotões mais recônditos abençoam o desenvolvimento, o progresso, enfim, a *"modernização"*. Mas fazem-no apenas pela metade. Levantam-se contra as transformações políticas, sociais e culturais associadas às transformações econômicas que eles desejam ou aceitam. Abortam aquilo que Florestan Fernandes[72] conceituou como *"revolução dentro da ordem".*

A "*modernização conservadora*", pela qual o bloco oligárquico conseguiu costurar a manutenção de seus interesses e privilégios só pôde ser feita ao custo de um sistema político excludente e marginalizador. E que, em seus resultados mais visíveis, acabou por parir uma sociedade de deserdados, ao lado de um punhado de privilegiados. Estes, em sua opulência, identificam

---

tradicional, bem como, de todo "sangue novo" necessário para a manutenção do sistema. Implica sempre um "estado de compromisso" dos novos segmentos hegemônicos para com "os acordos anteriormente acertados".

apenas a si mesmos, estando dispostos a pagar qualquer preço para a manutenção de seus privilégios (seja no campo ou nas cidades).

Isso não quer dizer que o poder oligárquico tenha sido poupado de oposição ou resistência ao longo de nossa História. Houve reações, como as rebeliões liberais (com toda a ambigüidade interna que lhes foi peculiar) que sacudiram o país entre 1817 e 1848; os movimentos populares de natureza milenarista ou messiânica como Canudos e o Contestado; a formação de um movimento anarco-sindicalista no fluxo contínuo da imigração; as "ondas" grevistas das primeiras décadas deste século; o tenentismo e a Coluna Prestes; a formação do PCB; a constituição da ANL; a "intentona"; as ligas camponesas; a resistência política ao golpe de 64; a luta armada; a descoberta de novas práticas políticas e a constituição de novos sujeitos na resistência muda dos operários do final dos anos 60 e início dos 70; as novas experiências de construção partidária e sindical do fim dos anos 80 (como a formação do PT e da CUT); a constituição de grandes movimentos populares de massas nos anos 80 e 90 (diretas-já, a deposição de Fernando Collor,); e movimentos sociais dotados de grande capacidade de mobilização - como Movimento dos Sem Terra (MST).

No movimento histórico em que o conjunto destas ações se desdobraram dialeticamente, gestaram-se novas teias de organização e resistência. Novos desejos de transformação. Novas oportunidades de ação política colocadas pelo próprio desenvolvimento das forças produtivas no país. Aos poucos, ao lado de uma sociedade de corte tradicional, foi se constituindo uma *"nova sociedade civil",* de natureza "orgânica", que passará a opor limites cada vez mais estreitos ao jogo oligárquico. E se ele ainda se sustenta (o bloco oligárquico), é muito mais por suas "habilidades" e por sua ausência de escrúpulo, do que pela passividade dos excluídos do sistema.

Mas quais seriam os fundamentos históricos desse poder oligárquico? Há pelo menos 500 anos (portanto desde a fundação da colônia), podemos dizer que o Brasil é dominado por um mesmo "sistema político", que se caracteriza fundamentalmente por sua capacidade para auto reproduzir-se, propiciando aos seus "condutores" uma atribuição política muito peculiar. São

---

[72] FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

fundamentalmente “proprietários” do Estado e do poder. Em um processo iniciado por aqueles que, em primeiro lugar, se fizeram *donatários*,[73] abarcar-se-ão de donos de engenho a mineradores; senhores de escravos a refinados financistas; latifundiários interioranos a trans-urbanos industriais; de empreiteiros do Estado à elementos *aburguesados* das classes média e baixa urbana; dos charlatões e exploradores da fé no varejo aos grandes impérios da mídia; dos grandes oligopólios aqui de dentro e de lá de fora. Enfim, somos dominados por um “sistema político oligárquico” que se expressa na capacidade infinita de aumentar o universo nacional de excluídos - na medida e proporção em que se amplia o clube dos “condôminos do poder”.

Nele, a característica fundamental é exatamente o predomínio do interesse particular e de grupo sobre o interesse geral. Tal característica torna-se tão evidente, que fica difícil para os detentores do poder sequer negá-la. Por isso, em estruturas de poder de natureza oligárquica, a “privatização do público” é apresentada como um exercício “natural”, ínsito a quem detém o poder. “Tendo oportunidade, quem não aproveitaria”? Indaga comumente o senso comum, marca evidente do vigor com que a ideologia destas oligarquias penetrou no imaginário popular. É esta continuidade, de um poder amparado na manutenção de “privilégios”, que acreditamos ser necessário buscar na constituição e permanência dos vários “blocos de poder” que se compuseram ao longo da História do país.

Diversas composições foram feitas, atribuindo-se um comando hegemônico em determinados momentos a uma ou outra facção. Muitas tensões se colocaram entre elas. Divisões sempre existiram, e não raras vezes se resolveram por meio do recurso às armas. Mas, de uma maneira geral, três processos se repetiram invariavelmente: 1) a participação popular nas disputas intra-oligárquicas em uma posição caudatária; 2) a composição entre as facções em conflito sempre que este ameaçou a dinâmica do poder paroquial, por meio da qual ela sempre exerceu o seu poder; 3) e, finalmente, o acerto patrimonialista entre as facções estruturantes do bloco histórico no poder, o

[73] Segmento originário da oligarquia brasileira. Representantes diretos e primeiros da coroa portuguesa na colônia. Oriundos em sua grande maioria de segmentos subalternos da “nobreza metropolitana”. Mandatários administradores das capitanias hereditárias - estrutura inicial sobre a qual se instalou a empresa colonial no país. Possuíam poder absoluto sobre “tudo o que se passava na terra” - comando militar e policial, magistratura, representação politico-administrativa etc.

que na maioria das vezes, significou um aprofundamento da pilhagem sobre o Estado, com o conseqüente esvaziamento das possibilidades de prestação e atendimento público de bens e serviços de interesse social. E, o que é mais importante, a não proposição de um efetivo “projeto de desenvolvimento nacional” - já que, ao poder de natureza oligárquica, a *associação dependente aos centros mundiais de poder* sempre se apresentou com maior comodidade e menores riscos.

Portanto, o conceito de oligarquia aqui utilizado não pode ser compreendido apenas em um ou outro sentido historicamente datado, e em sua visibilidade mais evidente. Seria o caso de falarmos de uma oligarquia de senhores de escravos ou, da oligarquia cafeeira no contexto da república velha, que pretensamente teria sido destruída pelo movimento político militar de 1930. Contudo, não nos parece que tal facção ou grupo tenha sido vencida ou muito menos destruída por tal movimento, mas que simplesmente teve que se acomodar em um lugar subordinado no interior de um bloco histórico recomposto sobre a hegemonia de outras facções. Não se trata também, como é evidente, de uma oligarquia de “sangue”, na qual o jogo sucessório se dá entre gerações – ainda que eventualmente se observe algum episódio nesse sentido. Trata-se isso sim, de uma “oligarquia de interesses”, daí porque, contemporaneamente, podemos cogitar acerca de sua “atualização” (com a chegada do PT e de uma aristocracia sindical ao Poder) na forma de um “neocorporativismo”. Oligárquica, portanto, é a “cultura” que permeia e se reproduz no interior de uma *estrutura paroquial de poder*, mantida intacta por todas as ondas de “modernização” que até o momento se abateram sobre o País – apenas parcialmente refreada, como explicaremos mais a frente, pela “força normativa” da Constituição de 1988.

Este sistema político de natureza oligárquica constituiu um *Estado patrimonial*. Esta é a chave para a compreensão da estrutura de poder vigente no Brasil. Uma herança portuguesa. No processo de formação de seu Estado-nacional (português), estabeleceu-se a indiferenciação entre o público e o privado - o patrimônio do rei e o tesouro nacional se confundem. O Estado é o dono de tudo, não apenas do que existe, mas do que está por vir - graças a uma estrutura burocrático-legal que tudo regula. Assim sendo, qualquer atividade econômica só será possível sob sua *concessão*.

> "A coroa criava rendas de seus bens, envolvia o patrimônio particular, manipulava o comércio para sustentar o séqüito, garantia a segurança de seu predomínio. O súdito - súdito qualificado, o nobre, já absorvido o clero nas malhas do poder supremo, e o súdito sem esporas - não paga serviços, tangíveis ou abstratos, como o contribuinte moderno. Um poderoso sócio, sócio e patrão, tosquia a melhor lã, submetia o proprietário nominal à obrigação de cuidar da ovelha. A nobreza, agarrada aos velhos privilégios, ainda se manterá no nível de companheira do soberano. Um pouco mais e ela, já cercada e com unhas embotadas, dividirá, domesticada depois de uma revolução, o segundo lugar com a burguesia. A ideologia completará a obra, vencendo as consciências e roubando à imaginação o estandarte da resistência. O Estado patrimonial, implacável nos seus passos, não respeitará os séculos... A propriedade do Rei - suas terras e seus tesouros - se confundem nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos de família ou em obras e serviços de utilidade geral... Tudo dependia, comércio e industria, das concessões régias, das delegações graciosas, arrendamentos onerosos, que, a qualquer momento, se poderiam substituir por empresas monárquicas. São os fermentos do mercantilismo lançados em chão fértil. Dos privilégios concedidos - para exportar e para importar - não se esquecia o príncipe de arrecadar a sua parte, numa apropriação de renda que só analogicamente se compara aos modernos tributos...Patrimonial e não feudal o mundo português, cujos ecos soam no mundo brasileiro atual, as relações entre o homem e o poder são de outra feição, bem como de outra índole a natureza da ordem econômica, ainda hoje persistente, obstinadamente persistente. Na sua falta, o soberano e o súdito não se sentem vinculados à noção de relações contratuais, que ditam limites ao príncipe e, no outro lado, asseguram o direito de resistência, se ultrapassadas as fronteiras de comando. Dominante o patrimonialismo, uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para funcionário, tomará expressão. Além disso, o capitalismo dirigido pelo Estado, impedindo a autonomia da empresa, ganhará substância, anulando a esfera das liberdades públicas, fundadas sobre liberdades econômicas, de livre contrato, livre concorrência, livre profissão, opostas, todas, aos monopólios e concessões reais.[74]

Os que recalcitraram e resistiram às suas pretensões acabaram destruídos - como os judeus, "cristãos novos" ou "marranos", convertidos à força (no calor da inquisição) ao cristianismo. Perseguidos por longa data e, finalmente, expulsos da Península Ibérica.

---

[74] FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Rio, Globo, 1984, p. 8, 9, 10-18.

Dessa forma, o Estado absolutista atribuiu aos membros da antiga nobreza senhorial as “cartas de comércio”, a partir das quais exerciam suas atividades em regime de monopólio. Na verdade, coube aos ibéricos a invenção de certo tipo de “*capitalismo de Estado*”,[75] legitimado pela ideologia católica, que via no lucro privado (obtido em regime de concorrência) uma ação pecaminosa.

Tal sistema foi em boa medida transposto para o Brasil. No projeto colonial, ressalvada a tributação metropolitana, o poder político e econômico dos mandatários se confunde totalmente, sobretudo, a partir da posse da terra, meio produtivo fundamental no *modo de produção colonial*. A evolução histórica jamais negaria tal tendência, resistindo à passagem da colônia a “nação” e reforçando-se no contexto de nossa “república oligárquica cafeeira”. Nela, bem como no processo de industrialização pós 30, será o controle do Estado pelas facções oligárquicas dominantes que ditará o sentido e os grupos privilegiados pela acumulação de capital local. Tal regime atingiu o seu ápice com o modelo econômico imposto pela ditadura militar e resistiu habilmente à chamada abertura democrática e a sua “nova república”. Só encontrou maiores resistências e alguma disciplina, com a renovação institucional propiciada pela Constituição de 1988, pelo novo arcabouço normativo instituído para a defesa da sociedade, e novos agentes institucionais, como o Ministério Público que dela surgiu.

No entanto, nem mesmo a Constituição de 1988 foi capaz de alterar substancialmente os pressupostos dessa “cultura política”. Nela reside uma tendência quase invencível de institucionalização da desigualdade, a negação

[75] Forma de organização estrutural do Estado na qual este reserva para si o monopólio legal da ação produtora e mercantil. Pode, em determinadas circunstâncias, exercer diretamente as atividades econômicas decorrentes de seu monopólio, bem como, delegá-las a terceiros na forma de *concessão* - o que isenta os fornecedores e/ou prestadores de serviços privados de qualquer “infortúnio concorrencial”. Verificável até recentemente em amplos espectros do território mundial - sendo a estrutura determinante do conjunto de países pertencentes ao mundo do “socialismo real”. Adotado também de forma majoritária em países dirigidos por “oligarquias modernizadoras” – Brasil, México,Turquia, Iraque, por exemplo. Em seu sentido mais amplo (ou mais propriamente originário) podemos identificá-lo na base do Estado nacional ibérico. Este como se sabe, procurou combinar a expansão mercantil em consonância com a defesa dos “dogmas ideológicos” da igreja católica. No caso, a proibição a prática da “usura” (presente, sobretudo, na atividade concorrencial), encontra no monopólio Estatal (legitimado pela iluminação divina do monarca) sua mais importante “válvula de escape”. Por outro lado, ao concentrar em suas mãos toda a titularidade para a ação mercantil colonial, pode distribuir os créditos da expansão comercial entre os segmentos privilegiados da nobreza metropolitana - agraciados com as mais importantes concessões comerciais.

às vezes explicita, às vezes dissimulada do princípio da igualdade e do Estado de direito. Afinal, se a idéia de isonomia proíbe a lei de tratar pessoas na mesma situação de forma distinta, que se criem então duas leis, ou mais, por meio das quais, “os iguais”, se diferenciam.

Ou então, porque ainda hoje os trabalhadores do setor público devem possuir benefícios que são negados aos trabalhadores do setor privado – que pagam os seus salários? O que justifica, que servidores públicos, ambos pertencentes a carreiras de Estado, com previsão constitucional, como Defensores Públicos e Procuradores dos Estados e da União, tenham benefícios trabalhistas tão mais reduzidos do que os membros do Ministério Público e da Magistratura? Não seriam tais situações denunciadoras de um jogo ilegítimo de cumplicidades, conveniências e favorecimentos que resiste a todas as formas de modernização institucional? Da idéia de que entre os iguais, devem existir os mais iguais? Trata-se de um jogo que continua sendo jogado, em que os poderes estatais, em tese, autônomos, interdependentes e, instituídos para se controlarem reciprocamente, acabam pelo jogo das conveniências, acobertando-se mutuamente. E essa história vem de longe...

> “A lei podia e pode dizer que todos são iguais, mas uns são mais iguais e, outros, menos iguais. Tanto que, as rebeliões e insurreições foram tratadas mais ou menos rigorosamente de acordo com os iguais que se insurgiam. Veja-se como trataram os menos iguais, os cabanos, os balaios, os praieiros; e as conspirações, as anistias, com que tratam os mais iguais, como os farrapos, para os quais enviaram e renovaram-se presidentes de província e generais no comando. Assim, a conciliação foi sempre minoritária, feita pelo grupo dominante entre si, com pequenas e mínimas concessões à grande maioria brasileira. Assim foi no Império, assim foi na República, na Velha e na Nova, nas quais, quando foi necessário, recorreu-se à idéia de conciliação. O poder foi sempre um círculo de ferro, onde é difícil penetrar, mas quando um ou uns são iguais do grupo minoritário que se mostram rebeldes, é possível fazer a conciliação, buscar a coexistência evitando o conflito, e fazendo à maioria as concessões mínimas indispensáveis ao êxito sempre temporário, sempre transferível para adiante, sempre realizado em tempo travado, longo, de forma lenta e gradual.”[76]

Esse poder oligárquico é, por sua natureza e composição, excludente. Implica uma expropriação da maioria por uma minoria. Minoria que pode até

ampliar-se, desde que haja margem de manobra para a intensificação da exploração da maioria. De fato, ao longo de nossa História, esta oligarquia veio-se expandindo por "ajuntamento", por sedimentação. Podemos compreender a organização interna da oligarquia brasileira com base no conceito de "*bloco histórico*" oferecido por Gramsci.[77] Aliás, as semelhanças há pouco apresentadas entre o processo histórico brasileiro e italiano tornam ainda mais convidativa a sua utilização.

No Brasil, na medida em que determinados grupos no poder viam sua atividade econômica decair em função da predatória exploração extrativista (açúcar, ouro, borracha, etc.). Ou por mudanças na divisão internacional do trabalho (café, manufaturados de baixa qualidade), sempre conseguiram negociar com os novos grupos ascendentes a sua permanência no topo do poder (como na célebre relação oligarquia latifundiária/burguesia industrial e financeira), ainda que em posição subordinada.

Do ponto de vista político, o que mais nos chama atenção é a capacidade demonstrada pela oligarquia brasileira, na administração de suas crises internas. Como dissemos acima, a oligarquia brasileira constitui-se em um "bloco de poder" em contínua expansão. Este movimento foi certamente facilitado pelo longo período do "poder agrário", no qual se desenvolveu entre os dominantes um profundo senso de solidariedade - expresso nas "*relações de compadrio*". Assim sendo, todas as vezes em que determinados grupos, em sua ascensão econômica, sentiram-se capazes e autorizados a pleitear um fatia (ou a "*hegemonia*") do poder político, este lhe abria as portas em um processo histórico recorrente de *cooptação*. Os conflitos internos ao bloco no poder eram, assim, resolvidos pelo ardiloso recurso do "conchavo ou conciliação".

Talvez por isso, possamos explicar a ausência de qualquer tradição partidária no interior do bloco oligárquico. Na verdade, os Partidos em si nunca pareceram ter tido muita importância, constituindo-se em mera sigla para registro, de caráter apenas formal. Por outro lado, o centro real de gravidade parece ter-se constituído em torno de alguns "caciques" que, em determinados

---

[76] RODRIGUES, J. H. **Conciliação e Reforma no Brasil**. Rio de Jeneiro: Nova Fronteira, 1982, p. 13.
[77] GRAMSCI, Antônio**. Maquiavel, a Política e o Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

momentos, aglutinam em sua volta as aspirações por hegemonia em luta.

A estrutura paroquial, pela qual se compõe internamente o bloco oligárquico, deu vida longa a esta personalização no exercício do poder - que reforçará os aspectos “tradicionais”, impedindo ou bloqueando uma articulação “orgânica” da sociedade civil e do Estado por ela legitimado. Por isso, a cada recomposição da hegemonia no interior do bloco oligárquico, fez-se necessária também uma nova estrutura - do ponto de vista formal, jurídico-partidário. E em muitas situações, elaborou-se também uma nova Constituição. No entanto, a sucessão recorrente de novas Cartas constitucionais, por serem expressão de um movimento apenas aparente de re-estruturação do Estado e da sociedade, tornaram-se testemunhos de um desvio da maior gravidade. Acabou por transformar crises conjunturais do sistema oligárquico em uma crise do próprio Poder Constituinte, que dessa forma, se viu cindido em duas formas de manifestação antagônicas. De um lado, um Poder Constituinte formal, “de direito”, sobre o qual a sociedade depositava suas mais sinceras esperanças; de outro lado, um Poder Constituinte “de fato”, representante dos interesses inconfessáveis da oligarquia política, e em condições de afastar ou esvaziar por diversos mecanismos, o ímpeto transformador do Poder Constituinte formal.

> “Ocorre, pelo que vimos, a constatação de que em momentos cruciais de nossa história constitucional houve o antagonismo e a rivalidade de dois poderes constituintes paralelos: um, sujeito ao recesso – o poder constituinte de fato – sempre que o outro, o poder constituinte de direito ou poder constituinte formal, se manifestava ostensivo no exercício das suas funções enfeixadas por uma assembléia nacional constituinte. (...) O poder constituinte formal tem sido habitualmente o mais sacrificado nesta penosa crise constituinte da história brasileira. À mingua de uma ruptura efetiva e total, assumida em termos definitivos, esta crise parece acompanhar o País como uma sombra que escureceu já um império e várias repúblicas. (...) A crise constituinte no Brasil tem sido, por conseguinte, em toda a história política do País, a nossa mais profunda crise de legitimidade, tanto pelos aspectos formais como materiais. Ela é indicativa da inferioridade ou da insuficiência de soberania das diversas Constituintes, cujas limitações tácitas ou expressas nos conduzem inarredavelmente à irretorquível conclusão de que, em verdade, jamais tivemos uma Assembléia Nacional Constituinte, dotada de liberdade, exclusividade e plenitude de poderes, pelo menos daqueles com que a teoria revolucionária do século XVIII sempre armara esses parlamentos, a fim de que, providos da suprema vontade da Nação, pudessem refazer as

instituições desde os seus fundamentos."[78]

É claro que o acerto das diferenças entre os "de cima" teria que ser pago com o aumento da expropriação dos "de baixo". A "vara de condão", é claro, chama-se *Estado*. No Brasil, o público sempre foi privatizado pelas oligarquias. Para isto valeram-se, ao longo dos tempos, do *patrimonialismo*.[79]

Toda vez que se fez necessária a acomodação de um segmento emergente ao bloco no poder, recorreu-se à pilhagem do Estado como forma de transferir para cada facção o seu "quinhão".[80] Para tanto, serviu-se (nas relações entre o Estado e a oligarquia privada), dentre muitas outras, às práticas de superfaturamento - nas quais o Estado paga um valor várias vezes superior ao custo real de um produto e/ou serviço (vide o escândalo envolvendo as grandes empreiteiras e a máfia do orçamento no Congresso, no início da década de 1990); como também às de subfaturamento - nas quais o Estado vende por um valor irrisório o patrimônio público a segmentos privilegiados de nossas oligarquias (como em boa parte das privatizações). Mas a principal moeda de negociação entre as diversas facções da oligarquia continua sendo a nomeação dos seus pares para cargos dentro do próprio Estado, com a apropriação direta do poder político, na administração pública; ou indireta, como as indicações para as empresas estatais. O Estado é o balcão de negócios da oligarquia brasileira. E é por seu intermédio que se viabiliza a manutenção do poder paroquial - pela adesão das diversas facções à cultura da conciliação e do conchavo entre "os mais iguais".

Se, de um lado, podemos identificar no patrimonialismo o mecanismo fundamental pelo qual a oligarquia consegue manter a sua unidade interna, por

---

[78] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 386-387.

[79] *A*ção política resultante do "jogo clientelístico", envolvendo as diversas instâncias governamentais e empresas privadas corruptoras. Implica sempre a transferência de parte da "riqueza pública" para o controle privado. Constitui-se, concretamente, tanto em relações nas quais o Estado "superfatura" na compra de algum serviço e/ou produto, quanto naquelas situações em que este mesmo Estado aliena o patrimônio público a um preço aviltante - como no recente processo de privatização perpetrado pelos governos Collor e Fernando Henrique Cardoso.

[80] A resistência de tal sistema político é mesmo notável. Haja vista que, até mesmo a única formação política até hoje constituída no país, organicamente estruturada a partir da sociedade civil, e desenvolvida em boa parte à margem da institucionalidade tradicional, para chegar ao poder estatal e, sobretudo, para manter-se nele, aceitou de bom grado as conveniências de uma *realpolitik* que por tanto tempo combateu. O que torna patente que a consolidação de um efetivo Estado de direito em nossa sociedade requer muito mais do que vontade política. Até porque, como dizia o velho revolucionário, "de boas intenções o inferno está cheio".

outro, teremos na estruturação de um *poder político paroquial* (tornado possível pela difusão de uma *cultura clientelística*) a forma preferencial de relacionamento (manipulação) desta oligarquia com os "excluídos".

O poder paroquial[81] originou-se na estrutura agrária de corte latifundiário. Ou seja, durante 430 anos de História, pelo ao menos 4/5 da população do país viveu em torno do latifúndio e da economia do latifúndio, por sua vez, propriedade de um senhor de engenho e/ou terras. Não importa se em um determinado período em questão o denominamos por donatário, senhor de escravos ou coronel. Dos donos da terra quase todos dependiam.

Uma sociedade rural, fragmentada na imensidão territorial do país, era um alvo fácil para estes senhores. Montou-se então uma "estrutura piramidal" (semelhante à hierarquia eclesiástica católica), na qual os coronéis se compunham uns sobre os outros, construindo instâncias intermediárias de decisão até chegar "ao grande chefe" - fosse ele o representante do poder metropolitano, um regente, imperador ou presidente. O monopólio do poder de Estado, por sua vez, garantia aos mandatários o controle sobre os cofres públicos, com os quais se viabilizava a manutenção de políticas baseadas no *clientelismo*.

Por "clientelismo" compreendemos uma estrutura relacional na qual a "classe política" oferece em troca de legitimação e de apoio (consenso eleitoral), toda a sorte de ajuda pública que tem a seu alcance (cargos e empregos, financiamentos, concessões públicas, etc.). Não resulta de qualquer forma de consenso institucionalizado, mas de uma rede de fidelidades pessoais que passa pelo uso também pessoal por parte da classe política dos recursos estatais, ou pelo "investimento" de certos setores oligárquicos, no âmbito da iniciativa privada, em torno de um objetivo eleitoral.

A estrutura política predominante a partir do processo de industrialização/urbanização não veio para suprimir o "velho paroquialismo" (expressividade política clássica do "Brasil rural decadente"), mas para articular-se politicamente ao mundo "dos grotões" e dos "currais". O

[81] *F*orma de organização da dominação política, baseada na liderança de um "chefe local", organizada em seu conjunto de maneira piramidal em relação ao poder central. Estabelece uma "linha de influência" entre aqueles que no topo controlam os cofres do Estado, e aqueles que "na base", sustentam de forma *clientelística* o poder oligárquico. Termo derivado da hierarquia eclesiástica, que como se sabe organiza-

clientelismo, enquanto estrutura relacional do poder oligárquico no universo urbano (parido pela industrialização), veio para somar-se (ainda que com pretensões inequivocamente hegemonistas) ao "poder dos coronéis".

A urbanização pós-30 enfraqueceu o paroquialismo rural, para constituir um paroquialismo urbano "*high-tec*" - projetado pelo controle dos meios de comunicação de massas - inicialmente o rádio, que teve as suas virtualidades maximizadas pelo DIP de Getúlio; depois a televisão, cujo poder contemporâneo reconhece-se sem retoques na Rede Globo.

É claro que não se trata aqui de uma situação "orweliana". Não há nenhum "*big brother*" a nos espreitar e conduzir. E a própria estrutura paroquial de poder é perfeitamente capaz de conviver e relacionar-se com uma sociedade civil de natureza orgânica - a qual, pelo ao menos em parte, sempre nutrirá uma esperança de trazê-la para "o seu campo". Aliás, como exemplo renovado dessa prática temos a forma como o Governo Lula se relaciona com o movimento sindical, em especial, com a outrora "independente" e aguerrida Central Única dos Trabalhadores (CUT), tendo indicado o seu presidente para o Ministério do Trabalho. Aliás, reside aqui uma peculiaridade de qualquer análise sociológica sobre a realidade brasileira: a permanente sobreposição de "tempos", de "mundos" que se interpenetram; de avanços, recuos e desvios; de conservadorismo e transformação, como já assinalara Roger Bastide,[82] o francês responsável pela implantação acadêmica da sociologia em nosso país, percebendo-o como uma "terra de contrastes".

A este universo de contrastes, às vezes perigosamente folclorizado como meras diferenças, deve-se ainda acrescentar a opção de nossas oligarquias dominantes, sempre ansiosas por trilhar, no plano das relações internacionais, um caminho marcado pela adesão dependente e associada aos centros hegemônicos do capitalismo internacional. Renunciam, dessa forma, a qualquer iniciativa (por parte de um verdadeiro projeto de desenvolvimento nacional) que colocasse a sociedade em condições de pleitear um melhor posição (e conseqüentemente melhores condições de vida) junto à divisão internacional do trabalho.

---

se em "paróquias" - nas qual cada padre (ou pároco), é responsável por seu "rebanho" (ou cada "coronel" por seu "curral").

[82] BASTIDE, Roger. **Brasil: Terra de Contrastes**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971.

Afinal de contas, um país periférico só poderia mesmo ser governado por uma oligarquia também periférica. Nossas classes dominantes sempre padeceram de uma subserviência crônica aos interesses internacionais. Desde a sua origem colonial, passando pela "troca de patrão" da independência; ou da "vassalagem" em relação aos interesses norte-americanos à capitulação diante do FMI e do conjunto do sistema financeiro internacional. Nunca ousou (talvez a exceção do "getulismo") elaborar um projeto de desenvolvimento nacional capaz de alterar para melhor a posição de nosso país (e obviamente deles) junto à divisão internacional do trabalho. Sempre aceitou a sua fraqueza estrutural e dependência tecnológica como "destino". Contudo, soube sublimar sua covardia externa travestindo-a em crueldade interna. Tornaram-se os sócios menores de um sistema super-explorador conceituado por Florestan Fernandes[83] como *extração dual do excedente*.[84] Tal posição entreguista de nossas elites diante do cabo de guerra do poder global atingiu o seu clímax ao longo da década de 80. Este período, em razão do nível de endividamento externo, associado à interrupção dos investimentos e o descontrole inflacionário ficou conhecido como a "década perdida".[85]

Por isso, não deixa de impressionar o fato de, no Brasil, tal sistema político ter atravessado tantos séculos. Tendo sua origem em um modelo de desenvolvimento econômico agrário-exportador, sobreviveu ao seu colapso. Articulou um novo modelo de desenvolvimento em torno do nacional-desenvolvimentismo (modelo substituídor de importações), sobreviveu ao seu declínio e, ainda persiste, mesmo enfraquecido pela ordem constitucional instituída em 1988, até os nossos dias.

---

[83] FERNANDES, Florestan. **Capitalismo Dependente e Classes Sociais na América Latina**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

[84] Articulação político-econômica preponderante nas relações envolvendo as economias e Estados centrais aos periféricos. Em suas contextualizações mais recorrentes, "as elites" governantes dos Estados periféricos - sem capacitação para seu autofinanciamento, tecnologicamente atrasados, e desprovidos de um projeto de desenvolvimento capaz de lhes proporcionarem "vôo próprio" - aderem aos "projetos" propostos pelos países centrais. Transformados em "capatazes" do capital financeiro internacional, com suas margens de lucro constantemente "drenadas" por diversos mecanismos de extorsão financeira (dívidas externas), acabam por "repassar o prejuízo" para as populações locais, expondo-as, assim, a um duplo processo de espoliação econômica com dramáticas conseqüências sociais - constantemente expressa pela incapacidade do Estado em atender a necessidades básicas das populações mais marginalizadas.

[85] KUCINSKI, Bernardo; BRANFORD, Sue. **A Ditadura da Dívida**. São Paulo: Editora brasiliense, 1987.

3.2 – O nacional-desenvolvimentismo e os fundamentos políticos e econômicos do Estado social brasileiro

Neste ponto de nossa argumentação, nos parece pertinente recordar alguns aspectos referentes a essa transição entre os dois modelos econômicos que marcaram cerca de cinco séculos de nossa história. Pois foi exatamente na transição do modelo agro-exportador para o modelo substituidor de importações que se instaurou no Brasil o Estado Social – em substituição à concepção liberal-individualista originária no Império e que foi integralmente mantida pela Constituição de 1891.

O Estado Social brasileiro surgiu como decorrência de uma série de fenômenos ligados ao desenvolvimento das relações sociais de produção e das forças produtivas no país. O processo de industrialização que teve início no estado de São Paulo como escoadouro de parte da liquidez obtida com a exportação cafeeira, durante a primeira década do século, reforçada pelos desdobramentos provocados pela 1ª. Guerra Mundial – que dificultou a importação de inúmeros bens de consumo, e em razão disso, viabilizou a sua produção local -, intensificou o movimento de urbanização. Com isso, sobretudo, nas duas grandes metrópoles brasileiras (São Paulo e Rio de Janeiro), emergiu uma massa de proletários e sub-proletários que não respondiam mais aos mecanismos de controle que as manipulava quando ainda viviam dispersas no campo.

Tratava-se de uma massa potencialmente desestabilizadora, em razão de sua situação de desamparo e por sua nova inserção em um mundo urbano que lhe aparecia como hostil e impessoal. A fundação do Partido Comunista do Brasil em 1921, somando-se ao já instalado movimento anarco-sindicalista, despertava um grande temor nas lideranças políticas da 1ª. República, que dessa forma, tratavam os movimentos de trabalhadores e as suas reivindicações como “caso de polícia”. Inexistiam normas que salvaguardassem adequadamente os seus interesses, e o modelo jurídico-normativo que regulava as relações entre o capital e o trabalho ainda situava-se nos marcos do velho princípio da autonomia privada. Desamparadas, essas massas

erravam pelos centros urbanos do país, a espera de alguém, instituição ou liderança, que lhe apontasse algum caminho, alguma perspectiva. E até o final da década de 1920, apenas anarquistas e comunistas, ao lado de alguns segmentos mais radicalizados das forças armadas (tenentismo) se predispunham a dirigir-se a esses segmentos de nossa sociedade.

No entanto, com o colapso da economia agro-exportadora em 1929, as divisões entre as diversas facções oligárquicas que vinha se aprofundando desde o início do século, de forma mais acentuada a partir de 1924 – quando do surgimento da Coluna Prestes – se radicalizou de vez. Os segmentos então marginalizados do poder central pela facção paulista, dirigiram-se a essas massas, buscando nelas o apoio necessário para a conquista do poder. E de fato, foram bem sucedidas.

A ascensão de Getúlio Vargas ao governo federal não se enquadra em um conceito mais exigente de “revolução”, dada sua natureza política de conflito intra-oligárquico. No entanto, representa inequivocamente um ponto de ruptura entre o modelo econômico agro-exportador até então vigente, e um outro modelo, pautado na industrialização – que até então se mantinha como um processo relativamente residual no conjunto da economia brasileira. A facção oligárquica liderada por Getúlio Vargas provavelmente abraçou a industrialização muito mais por falta de alternativas do que por convicção, quanto a ser este o melhor caminho para o país e para os seus próprios interesses. E o fez cheio de dúvidas, principalmente quanto ao que fazer com esse fantasma que vagava pelas grandes cidades do país e que com a intensificação do processo de industrialização tendia a aumentar ainda mais: os trabalhadores. Por um lado, aumentavam sua insegurança política, por outro, esvaziavam os campos de braços em razão do êxodo rural, aumentando os custos da atividade agropecuária.

Ao que parece, o único que sabia o que fazer e que tinha um projeto era o próprio Getúlio. Em primeiro lugar, adotou um discurso de verniz nacionalista, nos mesmos parâmetros em que vinha se observando em várias outras partes do mundo naquele momento. Tal nacionalismo, por um lado tinha a clara intenção de promover o fortalecimento do Estado, por meio de um processo de centralização política que visava acabar com a fragmentação do poder político-estatal que marcou a 1ª. República. Por outro lado, o aprofundamento do

processo de industrialização permitia a manipulação de um discurso pautado na defesa dos interesses nacionais, sobretudo, das nossas riquezas naturais. O incremento de um processo de industrialização baseado na substituição de importações implicaria na criação de um mercado interno – que a economia agro-exportadora até então não havia permitido -, e isto tendia a agradar as massas urbanas, até então profundamente marginalizadas dos benefícios associados ao desenvolvimento do país. Mas isso não parecia suficiente para garantir a sua lealdade ao projeto político iniciado em 1930. Era preciso envolvê-las de forma mais orgânica em um projeto político sedutor o suficiente para disputá-las com vantagem com os comunistas – cujas principais lideranças, não obstante tenham se alinhado e dado algum apoio às facções oligárquicas dissidentes em 1930, delas tendiam a se afastar e a elas se opor. O modelo para a solução desse impasse veio da Europa, mais especificamente da Itália: o Estado corporativista.

A instituição do Estado Social no Brasil se deu através de uma estrutura corporativista, inspirada no modelo italiano da "*Carta del lavoro*". Foi pautada nessa inspiração ideológica de matriz fascista, que logo nos seus primeiros momentos, o governo provisório revolucionário sob a direção de Getúlio Vargas, tratou de estabelecer, por decreto, um plexo de direitos sociais na forma de "prestações materiais" (salário mínimo, previdência social, serviços de saúde e educação pública, etc.). Todavia, no decorrer do governo provisório e, nos períodos de democracia institucional (1934-1937) e do Estado-novo (1937-1945), Getúlio tratou de ir além. Instituíram-se normas protetivas (como a CLT e várias outras por meio das quais se buscou tutelar os trabalhadores), de natureza cogente ou imperativa, que afastaram definitivamente os postulados jurídicos representados pela concepção liberal-individualista de autonomia privada que haviam marcado a ordem jurídico-constitucional do Império e da 1ª. República.

Graças a esta iniciativa política, o "getulismo" cooptou a maioria dos sindicatos – que desde os primeiros momentos do movimento de 30, se viram contemplados por um dispositivo normativo, baixado por Getúlio, através do qual se instituiu a sindicalização compulsória. Ao mesmo tempo, foram os sindicatos colocados imediatamente sob o controle do Poder Executivo – por meio da criação do Ministério do Trabalho, Industria e Comércio. Aliás, a

criação desse ministério – que será o mais importante ao longo dos dois governos de Getúlio -, expressa já em sua topologia, uma ordem de prioridades que guiará todo o projeto político e econômico do getulismo. Um Estado Social por meio do qual se busca a industrialização e o fomento do mercado interno (modelo econômico "nacional-desenvolvimentista" ou "substituidor de importações"). Na concepção corporativista posta em marcha por Getúlio, caberia aos sindicatos atuarem como "correia de transmissão", entre as políticas públicas e os trabalhadores – inclusive pela prestação, por estes, de serviços sociais públicos (assistência médica e odontológica, jurídica, etc.), financiados pelo "imposto sindical". Também instituiu o voto feminino e "a representação legislativa classista", que já nas eleições convocadas para a formação de Assembléia Constituinte que se instaurou em 1934 indicou 40 deputados classistas – sendo 18 representantes indicados pelos sindicatos de empregados; 17 indicados pelos empregadores; três representativos das profissões liberais e dois representando o funcionalismo público.

Tudo isso, desde o início, muito bem administrado no âmbito de uma dinâmica baseada na comunicação direta entre o líder carismático ("pai dos pobres") e as massas por ele "adotadas", servindo-se com maestria dos meios de comunicação (sobretudo, o rádio) por ele rigidamente controlado através do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). Este órgão foi também o responsável pelo culto à personalidade do líder, constituindo já de início, as linhas gerais da forma por excelência de operação do processo político nas décadas seguintes: o "populismo".

Por meio de tais iniciativas, o getulismo acabou por pautar, com o apoio de algumas correntes de esquerda (socialistas e comunistas, sobretudo), o perfil da Constituição de 1934 – apesar da refrega representada pela Revolução constitucionalista desencadeada pelos paulistas em 1932. Inspirada no modelo alemão de Weimar – mas recheada de marcos típicos do corporativismo da *Carta del Lavoro* de Mussolini -, a Constituição de 1934, buscou ainda contemporizar-se com os postulados liberais herdados da ordem constitucional de 1891. Segundo Paulo Bonavides, tal opção asseguraria à Carta um perfil marcado pela "instabilidade da ambigüidade". Atestou no âmbito jurídico-constitucional o nascimento do Estado social brasileiro, mas o fez buscando conciliar o inconciliável. Daí porque, não obstante os seus notáveis

avanços, tanto no plano dos direitos sociais (foi a primeira a constitucionalizar entre nós uma ordem social e econômica) quanto no resguardo dos direitos fundamentais clássicos, negativos ou de defesa (introduziu o "mandado de segurança" no âmbito constitucional), suas contradições internas acabaram por determinar a sua efemeridade. Durou pouco mais de três anos, sendo violentamente afastada por outra Carta outorgada por Getúlio em 1937. Tais contradições, aliás, eram expressão das circunstâncias específicas pelas quais passava a sociedade brasileira (no plano de um processo de industrialização e urbanização acelerado) e do quadro geopolítico global que marcou aquele momento histórico. No entanto, não deixaram de apontar aquilo que, naquele momento histórico parecia se impor como consenso em todos os espectros ideológicos: a inevitabilidade de um efetivo Estado social.[86]

[86] "Em 1934 demos o grande salto constitucional que nos conduziria ao Estado social, já efetivado em parte depois da Revolução de 30 por obra de algumas medidas tomadas pela ditadura do Governo Provisório. Os novos governantes fizeram dos princípios políticos e formais do liberalismo uma bandeira de combate, mas em verdade estavam mais empenhados em legitimar seu movimento com a concretização de medidas sociais, atendendo assim a um anseio reformista patenteado de modo inconsciente desde a década de 20, por influxo talvez das pressões ideológicas sopradas do velho mundo e que traziam para o País o rumor inquietante da questão social (...) A Assembléia Nacional Constituinte dava já uma idéia de seu trabalho ao fazer a proclamação preambular onde se lia que o corpo representativo constituinte se reuniria para organizar um regime democrático em condições de assegurar à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico. Estes últimos termos, referentes à justiça e ao bem-estar, compendiavam sem dúvida toda a programação do Estado social que se decretava e promulgava com aquela Constituição. A fonte constituinte, ao elaborá-lo, padecera inquestionavelmente o influxo ideológico das teses sindicalistas ou corporativistas que medravam na Europa, minando as bases representativas do Estado liberal. Tanto que fizemos aqui na própria composição do parlamento o enxerto híbrido da chamada bancada classista, de triste memória, constituída por deputados federais que não emanavam do sufrágio popular e por conseqüência careciam de altivez e legitimidade quando assomavam ao rostro legislativo (...) Quanto aos direitos e garantias individuais, mantiveram-se basicamente os de nossa tradição liberal, havendo até aperfeiçoamento com respeito à proteção dos direitos líquidos e certos contra atos manifestamente inconstitucionais ou ilegais de qualquer autoridade, instituindo-se para tanto uma nova figura processual: o mandado de segurança (...) Mas não padece dúvida que a tônica da Constituição de 34 recaiu sobre o Estado social. O novo pacto, sobre declarar a inviolabilidade do direito à subsistência, já não mantinha como as Constituições anteriores o direito de propriedade em toda a sua plenitude, senão que ao garanti-lo assinalava que ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, sujeitando-se assim às limitações que a lei determinasse (...) Reiterou o princípio da igualdade e dedicou um título à ordem econômica e social organizada de modo a possibilitar a todos existência digna. Autorizou a União a monopolizar determinadas industriais ou atividades econômicas por interesse público, fez as riquezas do subsolo propriedade distinta da do solo, condicionou o aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, a autorização ou concessão federal; dispôs sobre a nacionalização desses bens, incumbiu o legislador de fomentar a economia popular, desenvolvendo o crédito, nacionalizar progressivamente os bancos de depósito, amparar a produção, estabelecer condições de trabalho na cidade e nos campos; proibiu a diferença de salário para um mesmo trabalho por motivos de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; instituiu a Justiça do Trabalho para dirimir questões entre empregados e empregadores, estabeleceu o salário mínimo, o regime de oito horas diárias de trabalho, o repouso hebdomadário, as férias anuais remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, a assistência médica e sanitária ao operário e à gestante, a regulamentação do exercício de todas as profissões e o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho. Tocante à família a plataforma programática da primeira Constituição do Estado social brasileiro estabelecia generosamente o amparo à maternidade e à

Ainda que a Constituição de 1934 tenha se mostrado tão breve, pisoteada três anos após a sua promulgação, parte da realidade que ela buscou retratar e dar ordenamento jurídico-político prosseguiu – mesmo que por vias autoritárias. De fato, a consolidação do Estado social no Brasil, respeitando os limites estritamente traçados pela Constituição, por mais avançado que fosse o texto constitucional, mostrava-se muito difícil. Não apenas em função da resistência de inúmeros setores às concessões que eram ínsitas ao Estado social, mas pela resistência ao próprio processo de industrialização – que o Estado social, ao mesmo tempo em que o pressupunha, também existia em função de sua realização. Era preciso, pois, em primeiro lugar, vencer tais resistências – e as circunstâncias se abriram por meio da "tentação autoritária". Instituído o Estado novo, não obstante o total desrespeito aos direitos e liberdades individuais, a grande maioria dos direitos sociais previstos na Constituição de 1934, dentre os que ainda não haviam sido introduzidos antes mesmo da promulgação do texto, foram "concedidos" por Getúlio.

Dessa forma, Getúlio Vargas, que indiscutivelmente liderava amplos setores da oligarquia brasileira, ao se opor àqueles setores dessa mesma oligarquia que até a pouco monopolizavam o poder estatal, e ao mesmo tempo, fazer amplas concessões aos trabalhadores e às massas urbanas em geral, podia apresentar-se como um líder acima delas, um verdadeiro "estadista".

O "poder bonapartista" instaurado por Getúlio em 1937 se dividiu em dois campos de articulação distintos. Por meio do chamado *Estado de compromisso*, tentou costurar o conjunto dos interesses conflitantes no interior do bloco oligárquico. Para tanto, manteve uma política ambígua em relação às facções agro-exportadoras – investindo na industrialização, mas mantendo a política de "valorização do café" e de outros bens agrícolas. E é certo que não o fez apenas por prudência política, mas porque precisava dos dólares que apenas o setor agro-exportador poderia fornecer para a aquisição dos bens de

---

infância, bem como o socorro às famílias de prole numerosa. Quanto à educação e à cultura, não eram menores as garantias protetoras e os estímulos. Assim é que fixou na competência da União o estabelecimento de um plano nacional de educação ao mesmo passo que fez gratuito o ensino primário. Dispôs também sobre a criação por lei de um Conselho Nacional de Educação e instituiu percentuais mínimos da renda tributária a serem aplicados na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos." BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 325-327.

capital imprescindíveis para o sucesso do processo de industrialização. E, por intermédio do *populismo*, buscou cooptar os segmentos populares, a classe operaria e a maior parte das classes médias no interior de um mundo urbano recém constituído e em constante efervescência. Tal engenharia política lhe deu as condições necessárias para tocar adiante o seu projeto econômico, tendo o Estado como o seu principal vetor.

A participação do Estado nas funções de planejamento, articulação e, empreendimento foi decisiva. Primeiro, pelo simples fato de que este modelo nasceu enquanto vontade e iniciativa política do Estado. Depois, porque sem a sua disposição empresarial não se teriam dado os passos iniciais (os mais difíceis) no caminho de um efetivo processo de industrialização. Tanto na alavancagem proporcionada por grandes obras de infra-estrutura quanto na montagem das chamadas “indústrias de base”, coube ao Estado os louros da iniciativa e da ousadia.

A partir do “Estado-Novo,” passou o Estado a empreender com grande desenvoltura ações de natureza reguladora (intervindo no sistema de crédito, no controle de tarifas e de preços, no sistema tributário e fiscal, bem como, definindo a política salarial por meio da fixação do salário mínimo) e empresarial (extração mineral, siderurgia, transportes, energia, comunicações). A produção industrial que já vinha crescendo (11,3% de crescimento industrial contra 1,7% do setor agrícola no período 1930-39) passou a dar “saltos”. Em 1941 criou-se a *Companhia Siderúrgica Nacional* ao mesmo tempo em que se constituía a *Companhia Vale do Rio Doce* - com o objetivo de produzir matéria prima para nosso parque siderúrgico e obter divisas para a continuidade do processo de industrialização pela exportação de minérios. Após a criação do Conselho Nacional do Petróleo (1938) passou-se por um conturbado caminho de idas e vindas, que finalmente levaria à criação da *Petrobrás* em 1953.

> “A despeito das ambigüidades em sua relação com a burguesia nacional, a posição central do Estado em relação à acumulação na periferia é incontroversa. O imperialismo como processo e as multinacionais como organizações concentram a acumulação no centro do sistema internacional. A classe proprietária nacional não conseguiu realizar o domínio sobre a indústria local, mesmo nos países periféricos mais adiantados. A menos que o Estado possa impor sua prioridade na acumulação local e promover

> efetivamente a industrialização nacional, não há um patrocinador efetivo para a industrialização periférica."[87]

Não obstante o sucesso do modelo econômico de desenvolvimento implementado por Getúlio Vargas a partir do seu "Estado novo", muitas contradições e ambigüidades enredaram o seu projeto político. Sobretudo, depois que o exército brasileiro se viu lutando na Europa, cerrando fileiras pela democracia contra regimes autoritários, em relação aos quais, o próprio Getúlio havia confessado simpatias. Tais circunstâncias, associadas ao cansaço com o longo e arbitrário exercício ditatorial do poder, tornaram o regime insustentável. E, não obstante o forte apelo popular com que contava, e que permitiu o ensaio de um movimento pela sua permanência, em torno dos lemas "Queremos Getúlio" ou "Constituinte com Getúlio", ele acabou por ser deposto por um movimento militar em 29 de outubro de 1945.

Com a sua deposição, deu-se a convocação para uma Assembléia Nacional Constituinte com o objetivo de conduzir a sociedade novamente aos trilhos da democracia e do Estado de direito. No entanto, tinha-se por certo que, o retorno ao Estado de direito não poderia se dar nos velhos moldes do liberal-individualismo. No Brasil, assim como nos EUA e na Europa, os paradigmas do Estado social (*welfare state*) haviam chegado para ficar, colocando-se a necessidade de conciliá-los com os direitos e garantias individuais. No entanto, como se sabe tal intento não é dos mais fáceis. Sobretudo em uma sociedade com a complexidade da brasileira de meados do século XX – a meio caminho da industrialização e da urbanização, e com o sistema político teimando em admitir apenas a marcha travada da "modernização conservadora".

De qualquer forma, a Constituição de 1946 tentou aproveitar o que se supunha ter sido positivo na Constituição de 1934, dela recusando algumas excrescências – como a grotesca representação parlamentar classista. A convocação para a Assembléia Constituinte se deu com ampla liberdade, permitindo-se em seguida a legalização de todos os partidos políticos – inclusive o comunista. Buscou-se então a constitucionalização do Estado social

---

[87] EVANS, Peter. **A Tríplice Aliança**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 50.

brasileiro nos marcos de um regime de democracia representativa. Bonavides traçou um quadro panorâmico de suas realizações:

> "Se volvermos agora para a Constituição de 1946, deparam-se-nos as esperanças de lograr-se um compromisso de bom senso realista, uma trégua institucional entre as forças de renovação e as de conservação. Com aquele documento, aspirava-se a um meio termo na transação de princípios. Atentemos para o aspecto social da Constituição. Aí se acham definidos num tom menos agudo os direitos sociais. Até mesmo a linguagem se nos afigura mais concisa e moderada, menos solene e mais jurídica, pouco eivada de impropriedades. As disposições do texto como que se ajustam a uma técnica mais aprimorada. Do mesmo modo que em 1934, a ordem econômica – diz a Constituição – deve ser organizada consoante os princípios da justiça, literalmente denominada agora de 'Justiça social'. A Constituição a todos assegura 'trabalho que possibilite existência digna'. Eleva o trabalho a condição de 'obrigação social'. Proclama o princípio da intervenção do Estado no domínio econômico. Traça-lhe as bases que assentam 'interesse público'; projeta-lhe os limites, que são 'os direitos fundamentais', objeto de garantias contidas na Constituição; condiciona enfim o uso da propriedade 'ao bem-estar social' e dispõe que 'a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico'. Com respeito à legislação do trabalho e à previdência social, o constituinte de 1946 declara a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, institui o repouso semanal remunerado, confere ao trabalhador estabilidade na empresa, proclama a assistência aos desempregados, determina a indenização ao trabalhador despedido, estende a previdência às vitimas da doença, da velhice, da invalidez e da morte; faz livre a associação profissional ou sindical e reconhece por fim o direito de greve. Estabelece o capítulo seguinte que a educação há de inspirar-se 'nos princípios da liberdade e nos ideais da solidariedade humana', do mesmo passo que reproduz adiante princípios já presentes em 1934, relativos à obrigatoriedade do ensino primário e à sua gratuidade nos educandários oficiais. Debaixo da mesma ordem de idéias – a inspiração dos direitos sociais – afirma que 'o amparo à cultura é dever do Estado'. No capítulo segundo da Declaração de Direitos, a Constituição de 1946 oferece em proveito das liberdades humanas um instrumento novo de defesa contra os abusos do Estado e sua ação cerceadora dos direitos individuais. Trata-se daquela disposição sábia e tutelar, que contém um princípio de obrigatoriedade segundo o qual 'a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."[88]

A Constituição de 1946 forneceu régua e compasso para a consolidação do Estado social brasileiro. Tendo ela também consolidado as bases

econômicas do modelo de desenvolvimento nacional-desenvolvimentista, conferindo ao Estado instrumentos estratégicos de intervenção na economia, afastando de vez a ortodoxia liberal em matéria de regime econômico, forneceu os meios para o aprofundamento do modelo. Este foi levado a termo pelo próprio Getúlio, que retornou ao poder "nos braços do povo" em 1950.

Seu governo, marcado por intermináveis embates com as facções mais conservadoras do espectro político nacional, sobretudo, em torno de temas como o do monopólio do petróleo e a criação da Petrobrás, foi bastante tumultuado. Ademais, o getulismo, que nasceu politicamente inspirado pelas concepções corporativistas do fascismo italiano e ibérico (a própria expressão "Estado novo" teria sido uma transposição direta do rótulo atribuído ao governo de Salazar em Portugal), em sua reentrada constitucional, voltou com as cores da esquerda.

Ungidos pelo credo nacionalista e pela defesa dos direitos sociais das massas trabalhadoras – além do domínio sobre a "maquina sindical" herdada de sua primeira fase no poder – getulistas e esquerdistas se deram às mãos. Aliás, a muitos surpreendeu o fato do próprio Luís Carlos Prestes, encarcerado por Getúlio após o malogro da intentona em 1935 - que também entregou sua mulher (Olga Benário) grávida á Gestapo -, ao sair da cadeia em 1945, apoiar politicamente uma aproximação com aquele que a pouco foi o seu algoz. Contudo, o fato é que tal aproximação se deu em um contexto de guerra fria, de profunda polarização ideológica, o que contribuiu para aumentar ainda mais a instabilidade e o clima de confrontação que culminou no suicídio de Getúlio.

O modelo de desenvolvimento econômico e o Estado social constitucionalizado em 1946 conheceram uma segunda fase em meados da década de 50 com a presidência de Juscelino Kubitscheck. Tratou-se basicamente de aprofundar os elementos do modelo substituidor de importações associados ao incremento do mercado interno, com a atração de capitais externos para setores importantes da indústria de bens de consumo (eletro-eletrônica e automobilística) e o processo de interiorização da economia – cujo marco maior será a construção de Brasília.

---

[88] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 414.

No entanto, tal esforço gerou instabilidade econômica, sobretudo monetária, por meio de um surto inflacionário que, associado à elementos políticos desestabilizadores, decorrentes da radicalização da luta de classes no país e das próprias contradições e ambigüidades da prática política populista legada por Getúlio a alguns dos seus discípulos (como Jango e Brizola), acabou por conduzir o país à confrontação e ao golpe de Estado de abril de 1964.

Não obstante tenham os militares pisoteado a Constituição de 1946 já nos seus primeiros momentos, buscaram atribuir-se a eles mesmos a condição de "poder constituinte",[89] por serem "a própria revolução em movimento". E nessa condição, seriam geradores de "uma nova legalidade" através da edição de "Atos Institucionais" (cujo mais macabro seria o AI-5 de triste memória). No entanto, tanto a Constituição de 1946 ao ser diretamente modificada por meio destes Atos, quanto a Constituição (1967-69) que fez outorgar, não modificaram substancialmente os postulados do Estado social brasileiro.

As estruturas elementares do Estado social brasileiro, mesmo no âmbito jurídico constitucional (não obstante a sua natureza de mera formalidade) foram mantidas na Carta outorgada em 1967. Esta, como se sabe foi substancialmente modificada pela Emenda Constitucional 1/69, no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais e das liberdades e garantias institucionais. Mas nos aspectos referentes aos direitos sociais, houve alterações apenas pontuais no âmbito da ordem jurídica em seu conjunto, com a substituição de alguns institutos – como foi o caso do fim da estabilidade decenal, substituída pelo FGTS. Houve até pequenos avanços, alguns na época muito criticados por suas conotações político-ideológicas, como a política de colonização e reforma agrária através da criação do INCRA e do Estatuto da Terra. Mas que com o passar do tempo foram reavaliados com um pouco mais de simpatia pelos estudiosos da área. O mesmo ocorreu em torno da tutela – inovadora para a época – do meio ambiente (Lei 6931/81), tendo

[89] "A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical de poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma". Esse texto pode ser lido no preâmbulo do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964, bem como o que se segue: "Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultatne do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua

nascido ali os parâmetros que iriam orientar a política do país nessa questão até a sua constitucionalização pelo texto de 1988.

De fato, o regime militar deu continuidade aos pressupostos básicos do modelo econômico instituído por Vargas e constitucionalizado em 1946, caracterizado por uma atuação fortemente intervencionista do Estado, nas funções de regulação, planejamento, articulação e empreendimento. O regime militar também não tocou nos fundamentos institucionais do Estado social (tutela normativa do trabalho e prestações sociais de natureza positiva). Em realidade, ele até mesmo ampliou alguns serviços como os de saúde e educação. No entanto, o Estado social no Brasil, ao longo de toda a sua existência, e de forma especial, durante o regime autoritário, não se mostrou disposto ou capaz de reduzir as *desigualdades de toda a sorte* que povoam a sociedade brasileira.

No caso específico do período autoritário, as desigualdades só se ampliaram em razão da uma política econômica que induziu uma brutal concentração de renda sob a torpe alegação de que "primeiro era preciso fazer o bolo crescer, para depois... dividir"!? Este foi o grande marco social do "milagre brasileiro" do início dos anos 70. Além do mais, no bojo do regime autoritário, ampliaram-se as franquias entre as diversas facções e corporações que, associadas ao Estado militarizado, hostil a qualquer controle por intermédio da imprensa e da sociedade civil. Loteou-se o Estado brasileiro entre tais grupos, autorizando o saque patrimonialista ao erário, em todos os níveis da administração direta e indireta e, sobretudo, no âmbito das empresas estatais – que por esse período se expandiram de forma extraordinária. Chegou-se ao requinte de forjar uma "nova classe média", composta basicamente por funcionários públicos, cujos rendimentos destoavam significativamente do rendimento médio do trabalhador do setor privado, com o intuito de se criar uma base de sustentação política para o regime – o que de fato, expunha os seus pressupostos políticos e ideológicos profundamente anti-populares.

Aliás, a questão do funcionalismo público é de máxima importância. Teve ela início já nos primórdios do governo provisório liderado por Getúlio,

---

legitimação". BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 429.

mas deslanchou após o Golpe que instituiu o “Estado novo” sob o pálio da Carta de 1937 (a “polaca”), constituindo a face mais visível de um processo de “modernização da maquina administrativa estatal”. Tratava-se de aspecto absolutamente estratégico diante de uma dinâmica política e econômica que deveria ter no planejamento estatal, em sua intervenção empreendedora e, na gestão dos serviços públicos, um dos seus pontos decisivos. Para isso, Getúlio criou a partir de 1937 o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Instituiu-se pela primeira vez em nossa história, um corpo burocrático profissional, estruturado em carreira, e voltado para a obtenção de fins e objetivos previamente dispostos, em torno de um amplo modelo de desenvolvimento nacional. No entanto, tal movimento não se deu em um contexto de afirmação do princípio do Estado de direito. Nem no que diz respeito à limitação da ação política e administrativa pelas bitolas da lei (princípio da legalidade). Nem, tampouco, no sentido de separação entre os entes os “responsáveis pela condução e formação da vontade política geral” (nos termos utilizados por Konrad Hesse, apouco apresentados), no âmbito governamental, e a maquina administrativa pública por meio da qual tais decisões se materializam como comandos para a sociedade. Mas ao contrário, rapidamente se manifestaram no âmbito da administração os mesmos expedientes de favorecimento, privilégios, malversações, aparelhamento, e discriminação que por tanto tempo acompanham o sistema político brasileiro. Com o agravante da transformação do funcionalismo público em verdadeira corporação autônoma, preocupada em manter e ampliar os seus próprios privilégios, disputando espaço com outras facções pertencentes ao bloco histórico no poder, em detrimento do que deveria ser a sua vocação institucional.

Tal situação se agravaria com o tempo. A partir da Constituição de 1946, consolidou-se esta nova estrutura burocrática do serviço público, acentuando-se o seu perfil corporativista e a sua voracidade por “privilégios”. Da mesma forma, na Constituição de 1946, sob o argumento de se reforçar a independência e autonomia entre os Poderes, constituiu-se uma dinâmica institucional, por meio da qual os mecanismos que deveriam pretensamente promover um maior controle de um Poder sobre o outro (mecanismos de freios

e contrapesos) foram sistematicamente desvirtuados para a promoção de práticas negociais entre os mesmos. Sendo assim, ao invés de perseguirem fins públicos, em sintonia com o princípio republicano e o do Estado de direito, trataram de se conceder, reciprocamente, toda a sorte de privilégios e de favorecimentos. Aos poucos, a dinâmica "cooptativa" (*conchavo e conciliação*) que marcou a cultura do sistema político brasileiro, na dinâmica por ele desenvolvida entre suas diversas facções, contaminou as relações institucionais entre os Poderes, que passaram a "colaborar entre si" - a expensas de suas responsabilidades para com a sociedade.

Ou seja, dentre os múltiplos agentes sociais envolvidos no processo de apropriação patrimonialista do Estado, é preciso destacar algumas corporações de funcionários e, sobretudo, os chamados "agentes de poder", ou "agentes políticos". Isto porque, além de tal prática constituir um atentado à inúmeros princípios constitucionais, especialmente o republicano e o da igualdade, possuem um significado simbólico extremamente negativo e des-legitimador para o conjunto da ordem jurídica que serve de alicerce para a própria socialidade.

Temos então a contaminação dos Poderes constituídos e, sobretudo, das relações institucionais entre eles, por uma cultura de contemporização e cumplicidade na forma como se concedem privilégios reciprocamente. Não raramente, insinua-se por suas lideranças e associações que, a possibilidade de entendimento prévio entre os Poderes, depende da manutenção desse padrão de "cordialidade", atraindo como pano de acobertamento para as suas pretensões, os argumentos da "autonomia e do entendimento político entre os Poderes". Ou que simplesmente, as coisas já são assim a muito tempo e que há amparo legal para esse tipo de procedimento. Tal desfaçatez deve ser tratada como o que é: corrupção por afronta aos princípios basilares da ordem jurídico-constitucional. Afinal de contas, práticas como estas exasperam em um plano hoje inaceitável as desigualdades entre brasileiros.

3.3 – Limites e ambigüidades do Estado social brasileiro e a Constituição de 1988

É por essas e muitas outras razões que temos claro que, o Estado social brasileiro pode até ter implicado em uma melhoria do padrão de vida geral da população. Sobretudo, se desprezarmos (hipoteticamente) as enormes oscilações na qualidade de vida da população por variáveis políticas introduzidas no sistema econômico tendentes à concentração de renda em inúmeros momentos de nossa história recente, tomando-se por referência, o momento de sua instituição histórica. No entanto, ainda que tal evolução corresponda à verdade dos fatos, parece ser também evidente que ele não reduziu as desigualdades. Mas ao contrário, dada a implementação de programas econômicos indutores de concentração de renda e a apropriação patrimonialista do Estado pelas diversas facções do sistema político oligárquico e pelas corporações públicas e privadas, ela só aumentou.

Ora, se a desigualdade sócio-econômica aumentou significativamente ao longo da evolução histórica do Estado social brasileiro, às demais desigualdades – muitas delas intimamente associadas às desigualdades de renda e de *status* – não parecem ter se reduzido – muito pelo contrário, podemos deduzir.

Daí porque, no Brasil, a instituição de um Estado Democrático Social de Direito, por intermédio da Constituição Federal de 1988, elegeu de forma expressa em seu texto a redução das desigualdades, em diversos planos e níveis, como o objetivo fundamental de toda a ordem jurídica por ela instituída (art. 3º., I a IV). Não obstante o fato de termos optado por desenvolver todos os elementos normativos referentes à CF/88 na terceira parte de nossa dissertação, adiantamos já aqui este aspecto: todos os elementos contemplados nos quatro incisos do artigo 3º., da Constituição implicam em algum aspecto, quando não exclusivamente, na realização material e/ou substancial do princípio da igualdade. Por isso mesmo afirmamos que, nosso Estado Democrático Social de Direito foi instituído proficuamente para atingir este fim, para fazer com que nossa sociedade ultrapassasse essa chaga de ver-se considerada como uma das sociedades mais desiguais do planeta. E o

constituinte foi perspicaz o suficiente para perceber que a redução da desigualdade no Brasil implica em uma ação multidimensional, em várias frentes, política, econômica, social e cultural-simbólica. Requererá múltiplas ferramentas, legislativas, administrativas e judiciárias. O implemento de políticas públicas de caráter tanto universalistas quanto aquelas dirigidas, com foco em grupos objetivamente delimitados e ferramentas específicas, previamente determinadas.

Passados dezoito anos desde a sua promulgação, uma apreciação superficial dos desenvolvimentos normativos da *Constituição-cidadã*, pode parecer frustrante para a maioria. E não colocamos dentre essa maioria aqueles que a criticam por ser “liberal de menos”, “traçar vinculações (que supõe) excessivas” ou por “constitucionalizar políticas públicas”. Ainda que alguns aspectos referentes a estes pontos possam e devam ser revistos a seu tempo, sempre no âmbito de uma perspectiva na qual se possa atender o núcleo essencial do programa constitucional instituído, uma Constituição dirigente como a brasileira, não é e não pode ser fossilizada. Mas ao contrário, sua concretização requer instrumentos hermenêuticos dinâmicos e atualizadores – em linha de sintonia com as conquistas já efetivadas e atentas às novas contradições e ambigüidades que delas possam decorrer.

Por isso, quando imaginamos o universo daqueles que possam estar com ela descontentes (com a Constituição de 1988), estamos pensando, nos que eventualmente esperavam (com razão) muito mais.

Pensamos naqueles que imaginavam que o Poder Legislativo que ali encontrou um novo fundamento de validade e novos pressupostos para legitimação, pudesse se renovar de plano pelo espírito da nova Constituição. Que reorientassem suas práticas políticas. Que aderissem aos postulados e comandos da nova Constituição como se eles fossem de fato e de direito, o programa político da sociedade brasileira. Programa que está a esperar e requerer dos partidos políticos e do Parlamento a sua contribuição para que, por intermédio do princípio democrático, do voto secreto, direto e universal, possa a sociedade escolher, dentre eles, gozando de um sistema que garante um amplo pluralismo político e ideológico, aqueles que dispõem de uma melhor estratégia para implementá-lo. Sim, visto que, na medida em que o Constituinte

já estabeleceu vinculativamente quais são os *fins*, a questão fundamental à qual o sistema político deveria oferecer respostas diz respeito aos *meios*.

Descontentamento também com o Poder Executivo, que desde a promulgação da Constituição, não cansou de atacá-la, alegando que com ela o país se tornaria "ingovernável". Acostumado com a hipertrofia concedida por instrumentos que lhe permitiam encampar as funções legislativas – como o famigerado Decreto-Lei dos tempos da ditadura – tratou logo de usurpar o significado atribuído às Medidas Provisórias, delas se utilizando como meio corrente e cotidiano de legislar sobre o Congresso, amesquinhando os seus fins e atropelando os meandros da função legislativa. Que a todo custo tentou se eximir de toda a sorte de vinculações impostas pelo texto constitucional, ora alegando insuficiência de recursos, ora a sua inconveniência – como se a ele fosse dado esta prerrogativa, de ignorar um comando constitucional. Mas pior ainda, coube ao Executivo, as mais incisivas tentativas de solapar mesmo os fundamentos da opção Constituinte, subvertendo por completo o seu espírito e objetivo em meio à sua adesão deslumbrada ao credo neoliberal.

Instituiu políticas liberalizantes que expuseram de forma predatória a empresa brasileira a um padrão de competição para a qual não se lhe deram as condições de enfrentamento, provocando ruína e desemprego, ao invés de políticas industriais voltadas para uma inserção soberana junto à nova divisão internacional do trabalho. Tentou de todas as formas desmontar ou reduzir à insignificância o Sistema de Seguridade Social, para então, por meio de justificativas contábeis, entregarem este segmento para o setor privado. Servindo-se novamente do velho recurso ao patrimonialismo, renovou suas práticas fisiológicas e inundou o sistema político com intervenções corruptoras promovendo a liquidação do patrimônio público duramente constituído ao longo de décadas por meios que, de tão suspeitos, passaram a ser designados correntemente pela imprensa por "privataria".

E, claro, decepções também não faltaram em relação ao Poder Judiciário. De início, saltou aos olhos a forma frouxa e vacilante como os órgãos de cúpula desse Poder se postaram diante do "confisco" praticado pelo Governo Collor. Se nem em Cuba os revolucionários se atreveram a mexer com a conta-corrente, a caderneta de poupança dos cidadãos, não se compreende como tal desastroso ato de agressão ao Estado de direito pôde

ser tolerado pelo Judiciário – até que órgãos de sua estrutura de base se indignassem com o feito e se manifestassem pelo resguardo do Estado de direito.

Não menos problemática foi a utilização de recursos hermenêuticos extremamente conservadores (para dizer o mínimo) por parte do STF durante mais de uma década, na qual se desprezou postulados normativos de aplicação elaborados pela tradição jurídica em âmbito doutrinário e jurisprudencial, no plano do direito local e comparado, para conformar-se um padrão de normatividade adequado para a nova concepção de Constituição adotada pelo Constituinte pátrio – como os princípios da unidade, da máxima efetividade ou eficiência, do efeito integrador e da concordância prática. Em função do apego de alguns ministros de nosso Tribunal Constitucional (oriundos do período ditatorial) a parâmetros antiquados, formulados no âmbito do pensamento jurídico-constitucional norte-americano, do qual nossa tradição jurídico-constitucional se afastou desde a Constituição de 1934, ignorou-se a estreita articulação entre nossa ordem constitucional e os postulados jurídicos do Estado Social de Direito alemão. Tal opção certamente facilitou a redução à insignificância de institutos vitais para a plena efetivação de nosso sistema constitucional, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

> “Sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, a Corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação dos Poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo como primeiro precedente o julgamento do MI 107 – 3 DF (...) Assim, de acordo com a interpretação da Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omisso do Poder Público, e nenhum para que se componha em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado.”[90]

No entanto, aos que por esses e outros motivos em algum momento se sentiram frustrados com a Constituição-cidadã (ou com o que dela, ou a partir dela fizeram), gostaríamos de dizer que há motivos muito maiores para alegria

e, sobretudo, esperança. Por mais desalentadora que tenha sido a intervenção do Poder Legislativo, sua omissão legislativa, frustrando o desenvolvimento de aspectos importantes de nosso programa constitucional – sobretudo sendo ele o principal responsável pelo seu desenvolvimento - observando em retrospecto, o que foi efetivamente realizado no âmbito das ordens constitucionais precedentes, chega-se a uma constatação até alvissareira do Legislativo sob a ordem constitucional vigente. Talvez, afinal de contas, alguns dos expedientes introduzidos por nossa Constituição "dirigente" tenham demonstrado alguma eficácia e, somado à evolução de nossa sociedade civil, à maior visibilidade que se passou a dar ao processo parlamentar no país, o fato é que não foi nada desprezível o desenvolvimento legislativo do nosso programa constitucional. Desde a nova recepção dada pela Constituição de 1988 à lei de ação civil pública – que lhe é anterior -, passando pela elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e de muitos outros Estatutos, como o do idoso e o da igualdade racial (este último ainda em discussão no Congresso). Houve ainda toda uma plêiade de normas voltadas para a tutela da mulher, dos deficientes físicos, do meio ambiente, outras voltadas para a implementação da reforma agrária, enfim, não chega a ser pouco o que se fez.

Também o Poder Executivo, independentemente das forças que o presidiram, ao menos nos últimos quatorze anos, não obstante os desvios e retrocessos a pouco apontados, também deram uma contribuição significativa dentro do que dele se esperava para a realização do programa constitucional. Mostrou-se sensível em inúmeras situações à necessidade de intervir para garantir-se a tutela de direitos fundamentais.

Em especial, aqueles vinculados à atuação material do princípio da igualdade, seja por meio de uma maior abrangência dada às políticas emergenciais voltadas para os setores mais vulneráveis da população, ou ainda pela tentativa de se aperfeiçoar políticas de inclusão universalistas, como no campo da educação e da saúde. Também demonstrou coragem e alguma ousadia para propor e executar algumas políticas públicas dirigidas para grupos e circunstâncias determinadas, bem ao espírito do programa

---

[90] BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 261-262.

constitucional previsto nos diversos incisos do artigo 3º., da Constituição – como foi o caso dos programas por meio dos quais se buscou implementar diversas modalidades de ações afirmativas.

E por último, também o Poder Judiciário, em especial pela intervenção de seus órgãos de base, muitas vezes em sintonia com o Ministério Público (em nosso entendimento, a mais importante e atuante instituição estatal para a defesa da cidadania e dos direitos fundamentais configurada pela Constituição de 1988), deram uma contribuição extraordinária para o aperfeiçoamento de nossa ordem jurídica. E mesmo o Supremo Tribunal Federal, sobretudo, nos últimos anos, está a se impor como órgão não apenas de defesa, mas de efetivação dos direitos fundamentais, dando demonstrações de comprometimento e criatividade no exercício da jurisdição constitucional no país.

É por essas, e muitas outras razões, que apoiamos a opção feita pelo Constituinte de introduzir em nossa sociedade um efetivo Estado Democrático Social de Direito por intermédio de uma “Constituição dirigente”. Como se sabe, a principal característica dessa formulação consiste na vinculação dos poderes estatais aos comandos introduzidos pelo “programa constitucional” previsto em suas diversas normas de natureza principiológica e, de maneira especial, naquelas que instituem fins e objetivos estatais. Limita-se dessa forma, o âmbito de discricionariedade política à disposição dos chamados “agentes políticos” ou “agentes de poder”. Dadas as características apontadas em nosso “sistema político”, sua cultura lastreada em práticas patrimonialistas, no clientelismo, e na contemporização entre os Poderes – cuja natureza e configuração são, obviamente, pré-constitucionais -, essa “formatação” jurídica específica parece ter propiciado os resultados mais satisfatórios de nossa pouco alentadora história constitucional.

No âmbito externo, a vinculatividade produzida pelas Constituições dirigentes, não obstante a significativa redução do conteúdo material do princípio da soberania nacional, dada pelo enfraquecimento do próprio Estado nacional, constitui linha defensiva estratégica posta pelo Constituinte para a salvaguarda dos interesses elementares da sociedade nacional. Para fazer face a situações conjunturais nas quais o sistema político estatal se encontre especialmente vulnerável frente às demandas oriundas dos centros

hegemônicos do poder global. Ademais, a Constituição Federal de 1988 estabelece um vetor de integração no âmbito externo à sociedade nacional (*parágrafo único* do artigo 4º., da Constituição Federal), no interior do qual espera-se que os nossos interesses político-econômicos possam ser compatibilizados com nossa identidade cultural.

Acreditamos, no entanto, que há ainda muito que fazer. Sobretudo, no contexto de uma sociedade periférica como a nossa. O Estado Democrático Social de Direito que entre nós se erigiu, além de salvaguardar e aperfeiçoar os direitos sociais já instituídos, resistindo contra as tentativas de suprimi-los ou esvaziá-los, deve agora se concentrar na redução das desigualdades.

Como procuramos demonstrar ao longo desse ponto, o que constrange e envergonha nossa sociedade não é propriamente a miséria ou a carência, que de resto, estão sendo paulatinamente reduzidas ao longo da evolução histórica recente do país. Mas as eternas assimetrias, as desigualdades injustificáveis, a cínica convivência entre os extremos, a manutenção de práticas preconceituosas, discriminadoras e marginalizantes. Este deve ser o foco da intervenção do Estado Democrático Social de Direito em uma sociedade como a nossa. Foi esta a tarefa que lhe impôs o Constituinte. É isso o que dele esperam os eternos desesperançados de nossa sociedade. É essa a fonte fundamental na qual ele poderá beber da água límpida da legitimidade político-social.

3.4 - As ações afirmativas como efetivação do preceito fundamental da igualdade no âmbito do Estado Democrático Social de Direito

Uma das características mais destacadas do Estado liberal-individualista foi sua adesão convicta ao princípio da igualdade em seu sentido “formal”, enquanto igualdade “perante a lei”. Nesta acepção, compreendia-se a proibição de qualquer discriminação entre indivíduos que estejam em uma mesma situação jurídica ou ao menos em situação assemelhada. Tal fórmula foi classicamente redigida através de um mandamento idêntico ao previsto pela Constituição Federal de 1988 no ser artigo 5º., *caput*, quando prescreve que:

"todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza..." Por meio desse dispositivo, se procurou concretizar o chamado "princípio da isonomia".

Tal concepção, sem dúvida alguma, consistiu em um grande avanço em relação à ordem jurídica medieval, corporativista, estamental, e atravessada por toda a sorte de privilégios. Também é indubitável que seu conteúdo permanece atual, representando um estágio de desenvolvimento da sociabilidade humana, de avanço civilizatório, do qual não se pode transigir. Ou seja, não obstante tenha vindo ao mundo como expressão dos interesses materiais e ideológicos de uma classe social específica – a burguesia – o seu conteúdo adquiriu pretensão e valoração universal, pertencendo hoje ao patrimônio jurídico da humanidade e sendo salvaguardada por todos os Estados democráticos.

O princípio (formal) da igualdade também reivindicou para si a condição de pressuposto lógico-jurídico para a concretização da própria liberdade individual. Isto porque, segundo os seus teóricos e formuladores, seria a igualdade formal o único preceito capaz de atribuir sentido jurídico ao "princípio da autonomia privada".

> "Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade. A igualdade é, desde logo, a igualdade formal, "igualdade jurídica", "igualdade liberal" estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Por isso se considera que esta igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria liberdade individual (...) A afirmação – todos os cidadãos são iguais perante a lei – significa, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: 'as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas'. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais."[91]

[91] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 424.

No entanto, ao longo do transcurso histórico, logo se percebeu que esta igualdade jurídica formal criava, de fato e, sobretudo, pela conjugação com o referido princípio da autonomia privada, uma espécie de retorno ao “estado de natureza hobesiano”. Isto ocorreria na medida em que, ao considerar “iguais” indivíduos materialmente diferentes, abria-se espaço para a exploração e a subjugação do mais pobre e fraco pelo mais rico e poderoso. A desigualdade material, já alertava Rousseau, tornava aparente o discurso acerca da livre manifestação de homens livres, iguais e, na medida em que também o eram racionais, definiriam em posição de paridade as normas jurídicas (contratos) encarregadas de organizar a sua própria liberdade. Foi em torno de constatações como essa que se conduziu à primeira flexibilização jurídico-normativa em torno do princípio, ainda no contexto do liberal-individualismo, com a admissão de situações de profunda assimetria nas quais os dois princípios (igualdade formal e autonomia privada) deveriam ser relativizados – como foi o caso do direito do trabalho.

Ademais, não podemos nos esquecer que, em sociedades como a brasileira, tivemos o estabelecimento de uma ordem jurídico-constitucional assentada nos fundamentos mais refinados do liberalismo europeu. E, ainda que tal ordem constitucional fundante – Constituição de 1824 – tenha sido outorgada por imposição de uma vontade imperial, contemplou expressamente o princípio da igualdade. No entanto, tal disposição jurídica se mostrou incapaz de impedir, ou sequer de constranger no plano jurídico e moral, a legitimação e o desenvolvimento de uma sociedade e de um Estado fundamentados sobre os pilares da escravidão – a mais odiosa e insuportável de todas as formas de desigualdade entre os homens. Ou podemos ainda fazer referência à doutrina prolatada pela Suprema Corte dos EUA, conhecida pela expressão *equal protection clause*, por meio da qual, interpretou a Décima Terceira e a Décima Quarta Emenda à Constituição (Emendas referentes à abolição e suas conseqüências), de forma a admitir a constitucionalidade de políticas segregacionistas. Percebe-se, pois, então, os limites e a insuficiência da concepção meramente formal do princípio da igualdade legado pelo liberal-individualismo.

> "O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Todavia, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos da raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos da raça negra devem ser tratados igualmente nas escolas separadas das escolas dos brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória."[92]

No entanto, com o passar do tempo e, mesmo com novos avanços e flexibilizações em torno da concepção liberal de igualdade (Estado liberal-democrático), percebeu-se que em determinados âmbitos os avanços eram pífios – quando não nulos. Mesmo admitindo-se a utilização da lei para equiparar indivíduos e coletividades que outrora estiveram em situações assimétricas em razão da própria ordem jurídica então vigente, ou simplesmente por força de uma dada "tradição", percebeu-se que a isonomia introduzida *a posteriori,* por si só, apenas "congelava" as diferenças no ponto em que então se encontravam.

Teria sido esse o caso de coletividades submetidas à escravidão, a determinados sistemas de castas, ou da posição conferida à mulher em face do patriarcado. Isto quando, de fato, era vencido o desafio da atribuição de eficácia jurídica e, sobretudo, social a tais dispositivos normativos. Ter-se-ia, portanto, com esse quadro, um princípio jurídico cujo conteúdo apresenta-se em sua concretização no mundo dos fenômenos, como "estático". No máximo, habilitado a deter uma situação de discriminação injustificada. Mas em hipótese alguma, em condições de reverter às conseqüências da discriminação já praticada.

O Estado Social tentou atacar essa questão sem ultrapassar os limites jurídico-normativos postos pelo princípio da igualdade formal (isonomia). Para atingir tal objetivo, recorreu à concessão de prestações materiais e a benefícios assistenciais de natureza "universalista". Acreditava-se que dessa forma, na medida em que as mais odiosas formas de discriminação e marginalização

[92] Op. Cit., p. 425.

tinham um substrato econômico e social, que em se melhorando de forma substancial tal cobertura para o conjunto da sociedade, acabar-se-ia por atingir e melhorar as condições de vida dos mais necessitados. E, com o tempo, as demais formas de desigualdade e discriminação seriam “naturalmente” suprimidas. Algumas cepas de extração marxista levaram tal intuição mais longe ainda ao supor que, toda forma de desigualdade e discriminação, decorreria exclusivamente da apropriação privada dos meios de produção. Uma vez dada a sua apropriação coletiva, por intermédio da revolução comunista, sob a direção do proletariado, afastariam de um só jacto toda desigualdade e preconceito da face da terra.

Daí poder afirmar que uma das diferenças estruturais entre o Estado Democrático Social de Direito e outras concepções jurídico-políticas específicas, elaboradas ao longo da evolução histórica do Estado Moderno (“Estado Nacional”) residem, em primeiro lugar, na ultrapassagem da concepção “formal” e “estática” do princípio da igualdade enquanto mera isonomia. Para além de tal concepção foi acrescentada outra, compreendida também como manifestação do princípio da igualdade, só que agora, concebida em uma dimensão “material” ou “substancial”, por meio da qual se promove “*a igualdade através da lei*” (e não mais apenas *em face da lei*). Este movimento voltou-se para a equalização material e efetiva de situações caracterizadas por desigualdades “de fato”. Buscou-se a partir dessa concepção renovada do princípio, o desenvolvimento de uma normatividade apta para a promoção da auto-estima de indivíduos e dos aspectos construtivos e positivos da identidade de coletividades estigmatizadas. E como complemento de tais iniciativas, buscou-se também a introdução de políticas públicas de natureza compensatória.

Os mecanismos por intermédio dos quais se buscou, tanto a revalorização da auto-estima dos indivíduos, quanto da identidade coletiva dos grupos (em relação aos quais os indivíduos encontram-se vinculados) que historicamente foram objeto de alguma forma de estigmatização, costuma-se denominar por *“ações afirmativas”*. E o conteúdo normativo por elas desenvolvido a partir de regras e, sobretudo, de princípios constitucionais, costuma-se denominar por “discriminação positiva”.

A implementação de tais preceitos se dá também no âmbito normativo fixado pelo "princípio democrático", estando o mesmo estruturado internamente pelo "equilíbrio reflexivo" estabelecido entre o "princípio majoritário" e aquele outro destinado a coibir os seus excessos, tutelando "as minorias" em face das "maiorias circunstanciais". Em nossa opinião, este plano de articulação do princípio democrático, é imprescindível para a legítima caracterização de um Estado Democrático Social de Direito.[93]

No âmbito da tradição jurídica romano-germânica, caracterizada por seu acentuado formalismo e pelo desenvolvimento normativo dos princípios constitucionais por todos os Poderes estatais – com a supremacia nesta matéria representada pela "última palavra" conferida ao Tribunal Constitucional -, a Constituição alemã de Bonn (1949), foi a primeira a positivar tais postulados. E ainda que o tenha feito de forma lacônica e aberta no bojo de sua Lei Fundamental, coube ao seu Tribunal Constitucional assumir uma posição de vanguarda no desenvolvimento normativo desses preceitos no campo da Jurisdição Constitucional. Foi por meio dele e dos aportes realizados pela doutrina alemã que tais questões passaram a constituir-se em tema de grande interesse no plano da dogmática dos direitos fundamentais.

> "Igualdade jurídica, a Lei Fundamental garante, tanto no sentido da igualdade jurídica formal, como no sentido da material. A igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei (artigo 3º., alínea 1, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas

[93] "Legitimação dos governantes pela maioria do povo não significa, naturalmente, que para os objetivos e as atividades das partes do povo não pertencentes a essa maioria não haja espaço, de todo, não, que minorias estejam abandonadas sem proteção ao domínio legitimado pela maioria. Fosse democracia, no sentido da Lei Fundamental, nada mais que o domínio da maioria, então ela iria conter a possibilidade de uma ditadura da maioria, que se diferencia de uma ditadura da minoria somente pelo número menor de oprimidos. Conflitos poderiam ser reprimidos do mesmo modo como em uma ordem democrática de autogoverno fictício do povo. Se em uma coletividade pluralista o processo político deve ser objeto de todo o povo, então trata-se não só da maioria, mas também das minorias. A Lei Fundamental considera, por isso, as minorias não como grupos que, equivocadamente estão sobre a verdade e exatidão, e em nome de uma vontade comum simulada, podem ser oprimidos ou descartados. Ela assegura, antes, a posição de minorias, e ela assegura, com isso, simultaneamente, a possibilidade real de solução de conflitos. Isso ela procura efetuar por ela, no quadro do possível institucional, unir inseparavelmente com o princípio da legitimação do domínio pela maioria do povo, a garantia da oportunidade igual real das minorias, de uma vez converter-se em maioria – com que ela procura, simultaneamente, satisfazer a problemática do princípio da maioria – e por ela proteger também aquelas minorias, que na realidade não têm perspectiva de uma vez converter-se em maioria ou que não aspiram a uma tal maioria." HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 154.

> normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito. Essas dificuldades nascem primeiro na tentativa de determinar o princípio da igualdade jurídica material. Segundo o artigo 1º., alínea 3, da Lei Fundamental, também o legislador, que primeiro cria aquele direito a ser aplicado simetricamente, está vinculado ao princípio da igualdade. O direito existente obriga e autoriza, portanto, seus destinatários não só sem consideração da pessoa, sem que se trate de seu conteúdo; mas esse conteúdo mesmo deve corresponder ao princípio da igualdade. Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente."[94]

Todavia, desenvolvimentos semelhantes também foram observados no contexto da tradição jurídica anglo-saxônica – notadamente nos EUA. Ali, a ultrapassagem do Estado Social pelo Estado Democrático Social de Direito se deu inicialmente pela retomada, no âmbito da Suprema Corte, de uma prática que, no passado, havia sido por ela utilizada "com sinal trocado", como instrumento de defesa da ordem liberal-individualista contra políticas assentadas no Estado Social criado pelo *New Deal*. Tratou-se do chamado "ativismo judicial". Ele voltou a tona novamente, quando nos anos 50, no bojo do lendário caso *Brown Vs. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte começou a rever a grotesca doutrina do *separate bur equal* por meio da qual ela própria havia autorizado a segregação racial no país. Mas o seu ativismo judicial viria a se expressar em toda a sua plenitude nos outros casos que se seguiram (em especial em *Griggs* e *DeFunis*), quando admitiu formas mais incisivas de açãoes afirmativas.

Abriu-se então pela Suprema Corte um novo campo de normatividade político-estatal, por meio do qual, acabou por se reconhecer e autorizar o desenvolvimento pelos poderes estatais (Legislativo e, sobretudo, o Executivo) de programas nos quais se promove planos de "discriminação positiva". Como pano de fundo de tal interpretação apontou-se a tutela e a concretização dos

---

[94] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 330.

chamados “direitos civis”, cuja luta em prol do seu reconhecimento dividiu a sociedade norte-americana durante décadas.

A Constituição Federal de 1988 instituiu entre nós um Estado Democrático Social de Direito, e o fez, na perspectiva de incorporar avanços, preencher lacunas e corrigir distorções que já haviam sido identificadas em outras ordens constitucionais análogas. É notório que o nosso Constituinte buscou inspiração nas Constituições alemãs de Weimar (1919) e de Bonn (1949), bem como, na Constituição da República Portuguesa (1976).

Todavia, rejeitou tanto o texto por demais conciso da Constituição de Bonn, quanto aquilo que o próprio Canotilho[95] em explícita autocrítica, denominou por “récitas emancipatórias”, que caracterizaram a exuberância verbal do texto originário da Constituição de 1976, sob a égide de um certo “normativismo revolucionário”.

Procurou o nosso Constituinte deixar assente de forma expressa a sua vocação e os seus desígnios referentes à centralidade dos direitos fundamentais, incorporando novos elementos de tutela e de garantia, tendo em vista suas aspirações quanto à eficácia e à efetividade da ordem constitucional. E assim o fez no tocante à recepção material do princípio da igualdade e nos comandos por meio dos quais instituiu ou autorizou a promoção de discriminações positivas.

Como se demonstrará na terceira parte da presente dissertação abundam os elementos e circunstâncias que ao longo do desenvolvimento histórico da sociedade brasileira colocaram diversos segmentos que a compunham em situações de submissão, exploração e marginalização. Tais acontecimentos foram dramáticos o suficiente para produzir e disseminar, por todo o seu tecido social, concepções e imagens estigmatizantes acerca da identidade coletiva desses grupos, com conseqüências e desdobramentos esperados junto à auto-estima e à consideração social atribuída aos indivíduos que com estes grupos são identificados no presente.

Daí porque ser corrente a atribuição aos mesmos de inúmeras seqüelas, dificuldades e obstruções de toda ordem em razão dos ecos que sobre eles se

---

[95] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Rever ou Romper com a Constituição Dirigente – defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo**. In “Brancosos” e Interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 123.

projetam do passado. No presente, tais aspectos atuam no sentido de manter tais grupos e os indivíduos a eles associados presos nas malhas desse inaceitável atavismo político e ideológico. Requer-se, pois, uma firme e resoluta intervenção dos poderes estatais no sentido de promoverem políticas compensatórias visando à melhoria de sua condição sócio-econômica e o reconhecimento de sua contribuição cultural para a formação da identidade contemporânea do país.

> "Esta igualdade conexiona-se, por um lado, com uma política de 'justiça social' e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, ela é inerente à própria idéia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13º., / 2 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações*, objetivas ou subjetivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)."[96]

No Brasil, talvez até mais do que em outros países, políticas de promoção sócio-econômica, de perfil universalista (*critério da universalidade*), ainda que tenham se mostrado capazes de melhorar as condições materiais desses grupos, tendo como parâmetro a sua posição de origem, não se mostraram suficientes e adequados para atacar a desigualdade. Esta, de uma maneira geral permaneceu estável – e em certas camadas até se acentuou. Por outro lado, mostram-se indiferentes às conseqüências estigmatizantes introduzidas historicamente por tais padrões de sujeição e desigualdade. Por isso, ao reconhecer expressamente tais circunstâncias, no âmbito do artigo 3º.,da Constituição Federal, buscou o Constituinte, a partir daquele dispositivo e de outros espalhados pelo texto constitucional, romper a paralisia dos Poderes estatais e da sociedade civil. E, efetivamente, por em marcha políticas capazes de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Para tal, propõe-se a articulação de políticas públicas com perfil universalista com outras dirigidas a certas coletividades especificadas (*critério da seletividade*).

---

[96] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 428.

A combinação de políticas públicas e ações sociais baseadas simultaneamente em estratégias universalizantes com outras “ações de foco dirigido”, previamente selecionadas, não constitui uma novidade introduzida pela ordem constitucional brasileira. Mas radica-se no exemplo prolatado pelo direito internacional. Em especial, no contexto do Sistema Global de tutela dos direitos humanos da ONU. Esta ordem internacional está radicada, por um lado, em normas que buscam induzir políticas universais, nas quais se trata do “ser-humano” abstratamente considerado, como se dá no plano dos dois grandes pactos que compõe o que se denomina Sub-Sistema Geral – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC). Por outro lado, busca-se por meio do chamado Sub-Sistema Especial, composto atualmente por cinco grandes convenções (genocídio, racismo, tortura, discriminação das mulheres, direitos das crianças), tutelar o indivíduo concreta e objetivamente considerado em face de situações de vulnerabilidade. Aqueles sujeitos e grupos que se encontram atados a circunstâncias e condições que de tão específicas e singulares, não podem ser protegidos por normas de alcance universal.

> “O processo de internacionalização dos direitos humanos, conjugado com o processo de multiplicação desses direitos, resultou em um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção. Os sistemas geral e especial são sistemas de proteção complementares, na medida em que o sistema especial de proteção é voltado, fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial. Daí apontar-se ao indivíduo ‘especificado’, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc. O sistema internacional passa a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às vítimas de tortura, às pessoas vítimas de discriminação racial, dentre outros. O sistema especial de proteção realça o processo da especificação do sujeito de direito, em que o sujeito de direito é visto em sua especificidade e concreticidade. Isto é, as Convenções que integram este sistema são endereçadas a determinado sujeito de direito, ou seja, buscam responder a determinada violação de direito. Atente-se que no âmbito do sistema geral de proteção, como ocorre com a *International Bill of Rights*, o endereçado é toda e qualquer pessoa, genericamente concebida. No âmbito do sistema geral, o sujeito de direito é visto em sua abstração e generalidade. Vale dizer, ao lado da *International Bill of Rights*, que integra o sistema

> geral de proteção, organiza-se o sistema especial de proteção, que adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente situado, o sujeito de direito 'concreto', na peculiaridade e particularidade de suas relações sociais."[97]

Questão de máxima importância, no que diz respeito à implementação pelo Estado Democrático Social de Direito do princípio da igualdade nos seus aspectos material/substancial, através de ações afirmativas e, com base em uma normatividade lastreada em discriminações positivas, diz respeito à desnecessidade de vultosos recursos materiais para a sua realização. Isto porque, uma grande gama dessas políticas e das medidas que as implementam – assim como ocorre no plano da tutela dos direitos fundamentais de primeira dimensão – não dependem de recursos financeiros de grande monta. Ao contrário do que acomete boa parte dos direitos econômicos e sociais. Dessa forma, a sua implementação não pode ser obstada sob o argumento de incongruência com o "princípio da reserva do possível".

Diferentemente da forma como se deu nas Constituições alemã e portuguesa, em nossa Constituição Federal, o princípio da igualdade foi expressamente recepcionado em sua "dupla condição". A igualdade material/substancial foi instituída no conjunto do artigo 3º., e a igualdade formal, enquanto princípio da isonomia, no *caput* do artigo 5º. Quis assim o Constituinte, que os dois princípios – na verdade, manifestações complementares de um mesmo preceito – fossem ponderados e harmonizados, de tal forma que o segundo se coloque como limite normativo para o primeiro.

Tal limitação, por óbvio, não pode se constituir em proibição, obstrução ou esvaziamento. Até porque, a relação estabelecida entre a norma constitucional prevista no artigo 3º., e incisos, da Constituição Federal, é de natureza "especial" em relação à norma instituída no artigo 5º., *caput*, de natureza "geral". Como se tratam de princípios constitucionais, e não de simples regras jurídicas, está afastado o simples recurso ao mandamento do *conflito aparente*, por meio do qual a norma especial simplesmente afasta a geral. No entanto, tal relação (norma especial/norma geral) fixa um

---

[97] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 188.

mandamento de precedência da primeira em relação à segunda. Daí porque, naquelas situações nas quais o Constituinte introduziu diretamente no texto constitucional dispositivos fundados em discriminação positiva (artigo 37º., VIII), ou naquelas em que o legislador, desenvolvendo o programa constitucional, instituiu lei nesse mesmo sentido (artigo 7º., XX), não se poderá argüir a sua inconstitucionalidade sob o argumento de contrariedade ao princípio da isonomia previsto no artigo 5º., *caput*, da Constituição Federal. Não obstante as diferenças em termos de estrutura e tipologia do texto constitucional, a Constituição portuguesa prevê conseqüência semelhante.

> "Relativamente a estes preceitos consagradores de direitos especiais de igualdade, o princípio geral do artigo 13º., /1 vale como *lex generalis*. Isto significa, logicamente, duas coisas: (1) que os fundamentos materiais da igualdade subjacentes às normas constitucionais consagradoras de direitos especiais de igualdade sobrepõe-se ou têm preferência, como *lex specialis*, relativamente aos critérios gerais do artigo 13º., /1; (2) que os critérios de valoração destes direitos podem exigir soluções materialmente diferentes daquelas que resultariam apenas da consideração do princípio geral da igualdade."[98]

Nestes termos, os parâmetros para sua intervenção devem ser buscados no âmago do princípio do devido processo legal em seu sentido substancial (*substantive due process*), que faz atuar concreta e objetivamente no plano da sindicância do exercício da discricionariedade político-estatal (tanto administrativa quanto legislativa), os *postulados normativos de aplicação*[99] da razoabilidade, proporcionalidade e adequação/necessidade.

No entanto, certamente poderá ocorrer a emergência de situações em que a aplicação destes postulados, por si só, se mostrem insuficientes, por serem expressão de parâmetros normativos pouco afeitos à complexidade das questões envolvendo ações afirmativas. Nestas circunstâncias, que deverão ser enfrentadas no âmbito da Jurisdição Constitucional, entendemos que os postulados básicos, fornecidos pela Teoria da Justiça de John Rawls – apresentados no final da segunda parte dessa dissertação. Articulados em torno dos chamados "dois princípios de justiça", acreditamos que o universo

---

[98] Op. Cit., p. 429-430.
[99] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

teórico-normativo elaborado por Rawls possa ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como postulados normativos de aplicação específicos ou pelo ao menos como uma pauta argumentativa aplicável a litígios envolvendo questões de justiça e igualdade. Neste sentido, os Ministros do STF poderiam vir a assumir um “compromisso procedimental”, em decisões que envolvam questões complexas e problemáticas sobre justiça e igualdade, próximo daquilo que foi definido como “posição original” por Rawls ou da “comunidade comunicativa ideal” de Habermas.

De qualquer modo, como tais proposições requerem uma fundamentação jusfilosófica mais apurada, optamos pela apresentação de uma reflexão articulada em torno dos temas da igualdade, da justiça e da legitimidade do poder político-estatal no ambito do pensamento de alguns autores seminais da filosofia política no ocidente. E a essa investigação dedicaremos à segunda parte dessa nossa dissertação.

SEGUNDA PARTE:
A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ÂMBITO DE UMA TEORIA NORMATIVA DA JUSTIÇA – UMA ABORDAGEM JUSFILOSÓFICA.

CAPÍTULO 1º: FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E JURÍDICOS DO PENSAMENTO OCIDENTAL.

1.1 - A idéia igualdade como objeto recorrente no pensamento político-jurídico ocidental

A "idéia de igualdade" nos parece ser uma das mais potentes e recorrentes ao longo da evolução da cultura ocidental. Suas primeiras manifestações se fizeram sentir ainda sob o domínio da mentalidade mítico-religiosa, de traço politeísta, que se estendeu dos primórdios do século XIII a.C até o final do século V a.C.

Neste período, a idéia de igualdade não guardará necessariamente uma relação com o "universal", mas com o "particular". A igualdade não poderia ser pensada como característica de todos os seres que estão presentes na *phisys*, visto que a diversidade e a assimetria entre as diversas espécies que a compõe (a natureza) não permitiriam a sustentação de tal hipótese. Mas ela se estabelece, por exemplo, na relação desta em seu conjunto com o plano do

divino. Estas duas dimensões, não obstante toda a diversidade que caracteriza a sua constituição (diversidade natural; multiplicidade de entidades divinas), distingue e iguala todos os elementos que elas estruturam internamente a partir de uma premissa fundamental: a atribuição da mortalidade a todos os seres que em seu conjunto compõe a *phisys*, a finitude, e em seu movimento, a decadência e a corrupção; já os Deuses, não obstante a sua diversidade de poderes, as diferentes características entre os indivíduos que compõe a divindade olimpiana, estão irremediavelmente equiparadas pela característica comum da “imortalidade”.

Já nestes primórdios, percebeu-se que a igualdade seria uma qualidade que se atribui a um determinado conjunto de indivíduos ou elementos, mas que só se define em função de uma característica específica, visto que, a igualdade com relação a determinado aspecto, não implica necessariamente igualdade em relação a todos os demais. Os seres biológicos presentes na natureza são iguais uns perante os outros na medida em que todos decaem ao longo de sua existência e, como conseqüência, todos conhecem a finitude e falecem. No entanto, entre eles (assim como entre os Deuses), afora esta peculiaridade em comum, há toda uma série de diferenças substanciais.

E se dentre os seres vivos que habitam a *phisys*, escolhêssemos um grupo específico, os humanos, por exemplo, perceberíamos que entre eles e os Deuses há muito mais semelhanças, identidade, e por que não dizer, igualdade. Isto porque, todas as virtudes e fraquezas observáveis junto aos humanos, também o são em relação aos divinos, e as diferenças que encontramos no interior dos humanos, também estão presentes no plano do divino, encontrando-se, no entanto, os dois planos, irremediavelmente separados pela imortalidade de uns e pela mortalidade dos outros.

Nesse sentido, já em seus primórdios, o homem ocidental percebeu que identidade e diferença, igualdade e desigualdade, eram idéias que poderiam ser aplicadas aos mesmos indivíduos com resultados totalmente diferentes dependendo do critério, elemento ou termo utilizado para se aferi-los. Mas mesmo assim não desistiram da busca de um termo, elemento, ou conceito capaz de unificar pela “essência”, aquilo que na “aparência” manifestava-se como diverso.

Dessa forma, os primeiros filósofos do mundo jônico, partindo do princípio de que todos os seres vivos nascem e se desenvolvem, se reproduzem, decaem e morrem (possuindo, portanto, o mesmo *telos*, ou finalidade), começaram a buscar algo que também em sua constituição deveria equipará-los. Passou-se então a buscar uma *arché*, um elemento comum a todos os seres que compõe a natureza, uma "substância básica", a partir da qual todos os seres vivos teriam se originado. Alguns buscaram tal princípio na própria natureza (fogo, água, terra, ar, éter), outros na razão humana (*apeíron, devir*, princípios de uma lógica formal estruturados na linguagem). Ao final, graças ao tirocínio de homens como Demócrito e Leúcipo, concluiu-se que todos os seres que habitam a *phisys* derivam a sua origem de um elemento que se define exclusivamente pela peculiaridade de ser indivisível: o átomo.

Com isto fechou-se o primeiro ciclo do pensamento filosófico ocidental, voltado para o conhecimento da natureza (cosmologia), com grande ênfase na descoberta desse elemento comum perante o qual todos os seres e demais elementos existentes na natureza seriam iguais, e que ficou conhecido pelos historiadores da filosofia pela denominação de período pré-socrático.

1.2 - A idéia de igualdade na constituição da Polis grega

A instituição da cidade-estado grega (*polis*), desde os seus primórdios até atingir a condição de *autarquia*, capaz de se auto-governar com base naquilo que mais tarde seria chamado de "democracia", foi marcado por um longo percurso, cheio de atropelos, marcado por avanços e recuos, mas sem deixar de ter, na idéia de igualdade, um dos seus vetores mais importantes.

Obviamente, tal concepção de igualdade, conforme já afirmamos há pouco, se fazia em escala, de grau em grau. De forma que, poderíamos conceber a sua percepção a respeito da igualdade, a partir de uma figura montada com diversos círculos concêntricos, de tal maneira que, todos os indivíduos presentes na natureza, seriam iguais em sua origem (derivam do átomo, ou no interior do pensamento mítico que antecedeu o surgimento do pensamento racional, dos Deuses). E em seu destino (a morte, o *Hades*). Entre

o primeiro círculo (interior) e o último (exterior) haveria, todavia, uma série de círculos ou dimensões em que os seres poderiam se diferenciar. Na natureza em geral, formando reinos, gêneros, espécies, etc. Entre os homens, distinguindo-se em razão de sua origem social, riqueza, força física, inteligência, etnia, devoção religiosa, língua, estatura, opinião política, gênero, dentre outros. Ou seja, o surgimento de um pensamento de natureza taxonômica (que teve o seu apogeu com Aristóteles), decisivo para o desenvolvimento da concepção de ciência no ocidente, só poderia se dar a partir de uma pré-compreensão acerca das idéias de diferença e identidade, igualdade e desigualdade. Estas idéias foram desenvolvidas desde as formas míticas de pensamento e, em seguida, foram aperfeiçoadas no âmago do nascente pensamento racional-filosófico.

> "Pode-se dar conta deste indiscutível dado de fato estabelecendo que os homens são iguais se considerados como um *genus* [gênero] e confrontados com um *genus* diverso, como o dos outros animais e demais seres vivos, dos quais se diferenciam por algumas características específicas e particularmente relevantes, como a que por longa tradição permitiu definir o homem como *animal racionale*. São desiguais entre si se considerados *uti singuli*, isto é, tomados um por um. Entre os homens, tanto a igualdade quanto a desigualdade são factualmente verdadeiras, pois são confirmadas por provas empíricas irrefutáveis. A aparente contraditoriedade das duas posições "os homens são iguais" e "os homens são desiguais" – depende unicamente do fato de que, ao observá-los, ao julgá-los e ao extrair disso conseqüências práticas, se enfatize mais o que têm em comum ou mais o que os distingue."[100]

Mas um conjunto totalmente novo de questões passou a ser colocado com a progressiva consolidação da cidade-estado em geral e da *Polis* ateniense em particular. A cidade de Atenas organizou-se inicialmente em torno de uma classe de proprietários fundiários, que comandavam despoticamente grandes famílias (*génos*), formando com base nelas uma aristocracia militar e um regime escravocrata. No entanto, o progressivo desenvolvimento do comércio na região do mar mediterrâneo, com a conseqüente introdução de uma série de melhoramentos tecnológicos, alterou substancialmente essa realidade. Com a introdução da moeda, da escrita

alfabética, do calendário, do calculo aritmético, bem como, com a ascensão de uma nova classe social, representada por comerciantes e artesãos, aos poucos, foi se determinando o esvaziamento da economia agropastoril e do poder político dos senhores de terra (*aristói*). Este processo histórico foi caracterizado por um ciclo de conflitos entre os representantes desta aristocracia e a ascendente classe dos comerciantes e artesãos.

Tais conflitos, acabam por acentuar os diferentes interesses entre essas grandes famílias e o conjunto dos indivíduos que se identificavam com a *Polis*, dando início a uma série de revoluções, que possuem como marco, a revolta liderada por Sólon em 594 (a.C.). Esta revolução teve como objetivo fundamental o estabelecimento de uma nova relação entre, o "espaço privado" – que continuaria sendo governo pela vontade pessoal de um grande patriarca comum, um *déspota* com poder de vida e morte sob os membros de sua família e seus escravos. E o "espaço público" – que passaria a ser governado por leis universalmente válidas para todos aqueles agora reconhecidos como cidadãos.

No universo público, as decisões deveriam resultar do convencimento, da persuasão. No seu interior não se admite mais que ninguém haja como um *déspota*, tratando a coisa comum, como se fosse sua propriedade. Tal transformação, em seus desdobramentos mais radicais, acabou por modificar a própria concepção daquilo que mais tarde será chamado de "ética" (*areté*), que deixará de ser compreendida como a pura manifestação dos atributos inerentes ao guerreiro (*aristói*) forte, belo e bom, para tornar-se a arte apreendida na convivência entre iguais. No entanto, a mais importante revolução se deu décadas mais tarde, quando Clístenes, após derrubar o governo tirânico de Pisístrato, introduziu uma nova concepção de organização do poder político. A partir de uma reestruturação do território da cidade, utilizando-se de elementos fornecidos pela geometria, aritmética e demografia, procurou reduzir ao máximo o poder das grandes famílias oligárquicas, e assim, promover uma nova configuração do poder político marcada pelo equilíbrio e pela igualdade.

> "A reforma de Clístenes instituiu o espaço cívico ou a *polis* propriamente dita. Combinando elementos de aritmética, geometria e de demografia, Clístenes redistribuiu os *géne* ou

[100] BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda – razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Editora Unesp, 1995, p. 104.

> famílias, de modo a retirar deles, pelo modo de distribuição do espaço, os poderes aristocráticos e oligárquicos. Em outras palavras, faz com que a unidade política de base e a proximidade territorial não coincidam, de sorte que os vizinhos não constituem uma política legalmente reconhecida. A divisão política do espaço impede o poderio dos *géne* vizinhos que, fortalecidos, sempre produziam tiranos ou pequenos grupos extremamente poderosos. Cria as trítias: uma circunscrição territorial de base; reúne as trítias em tribos, cada qual com três trítias (uma do litoral, uma da cidade e uma do interior).”[101]

Todavia, tanto o “equilíbrio” quanto a “igualdade” no exercício do poder político só pôde ser atingido a partir da introdução de uma incipiente divisão dos poderes estatais. Nesta, já se antevendo as competências jurisdicionais, administrativas, e legislativas, que mais tarde, se tornariam uma marca registrada da estatalidade ocidental, consolidaram-se verdadeiras instituições para tal finalidade, denominando-as por *Demos*, *Boulé*, e *Ekklesía*.

> “Cada trítia é formada por um conjunto de *demos*, cada grupo de cem *demos* forma a unidade política de base, cada qual com suas assembléias, seus magistrados e suas festas religiosas, espaço onde os atenienses fazem o aprendizado da vida política. Cria a mais importante instituição política de Atenas: a *Boulé*, o Conselho de quinhentos cidadãos que são sorteados entre os membros de todas as *demos*, sorteio que garante a todos o direito de, periodicamente, participar diretamente das decisões da *polis*. Estabelece um espaço circular onde se reúne a *Boulé* (que cuida das questões políticas cotidianas) e a *Ekklesía*, a Assembléia Geral de todos os cidadãos atenienses, na qual se discutem e decidem-se publicamente os grandes assuntos da cidade, sobretudo, as decisões de guerra e paz. Está inventada a democracia (*demos*, os cidadãos; *Krátos*, o poder: o poder do *demos* ou dos cidadãos)”.[102]

Neste sentido, fica claro que a invenção da democracia pelos gregos em meados do século V a.C está intimamente ligada ao desejo de se constituir uma organização política marcada pelo equilíbrio e pela igualdade. No entanto, está claro novamente que, para os gregos, a igualdade só pode se dar no âmbito do “particular”, de uma espécie, grupo ou classe por sua vez definido em razão de um elemento em comum – elemento este que poderia ser tanto “natural”, quanto convencionado por algum costume ou lei (*nómos*). Não se aspirava, portanto, encontrar a igualdade no contexto de uma dada

[101] CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995, p. 110.

"universalidade". Daí porque a democracia grega considerava todos os cidadãos iguais entre si, fixando nas assembléias o postulado do um homem, um voto – e assim, extinguindo qualquer forma de representação oligárquica ou familial.

No entanto, é por demais conhecido o fato de que a democracia grega não considerava iguais todos os seres humanos (não obstante reconhecessem que todos possuem a mesma origem e fim natural, e na razão, a mesma aptidão fundamental), não reconhecendo a todos os indivíduos, a condição de "cidadãos". Desta categoria estavam excluídos os estrangeiros, as mulheres e, sobretudo, os escravos. Ou seja, admite-se que, entre os iguais, existem alguns que são mais iguais do que os outros. Mas ao mesmo tempo, se reconhece que a liberdade pública, só pode se exprimir coletivamente se neste coletivo todos tiverem os mesmos direitos e prerrogativas. Em seguida, institui o "princípio da persuasão racional" como o elemento fundamental para o exercício do poder político – que não se legitima mais em função da religião ou da simples força bruta (ainda que esta acabasse por se impor eventualmente).

Uma vez admitida a igualdade como o elemento estruturante da cidadania, coube aos atenienses formular um conjunto de princípios jurídico-políticos por meio dos quais a democracia poderia se exprimir plenamente. Foi aí que instituíram os princípios da "***isonomia***", segundo o qual todos seriam iguais perante a lei (sendo que a própria lei já definia quem seriam aqueles que gozariam de igualdade perante ela); e da "***isegoria***", segundo o qual todo aquele que fosse considerado cidadão teria o mesmo direito que os demais para se exprimir em público. Sobretudo, nas assembléias, possuindo não só o direito de falar e ser ouvido, mas de ter a sua proposta considerada e posta para apreciação de todos, quando da tomada de decisão acerca de alguma matéria colocada para votação.

Os cidadãos passaram então a ser considerados exclusivamente em função de sua *persona* política, independentemente de qualquer outro tipo de competência, fosse ela técnica, intelectual ou militar. O princípio da isonomia garantia a qualquer homem livre, adulto e proprietário, o direito de ser tratado em igualdade de condições com os demais, vedando práticas discriminatórias.

---

[102] Op. Cit. p. 110.

O princípio da isegoria os equiparou para efeitos de intervenção no espaço público. Desta maneira, regulada com base no equilíbrio das instituições e na igualdade entre todos os cidadãos que podiam participar diretamente da elaboração das leis e do governo, agora determinado exclusivamente em função do discurso persuasivo, acreditaram os atenienses ter encontrado um regime político no qual a justiça pudesse exprimir-se a partir da deliberação livre e racional da *polis*. Enfim, com a consolidação da democracia ateniense, podemos afirmar que assistimos ao nascimento da primeira concepção normativa sobre a justiça como igualdade formulada no mundo ocidental. Tal concepção será especialmente trabalhada nas décadas seguintes por Platão e por Aristóteles, mas suas linhas gerais nasceram ali, da prática política cotidiana dos atenienses.

> "A democracia ateniense possui algumas características que a tornam diferente das democracias modernas, ainda que estas, se inspirem nela para se constituírem. Em primeiro lugar, nem todos são cidadãos. Mulheres, crianças, estrangeiros e escravos estão excluídos da cidadania, que existe apenas para os homens livres adultos naturais de Atenas. Em segundo lugar, é uma democracia direta ou participativa, e não uma democracia representativa, como as modernas. Em outras palavras, nela os cidadãos participam diretamente das discussões e da tomada de decisão, pelo voto. Dois princípios fundamentais definem a cidadania: a isonomia, isto é, a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, e a isegoria, isto é, o direito de todo cidadão de exprimir em público (na *Boulé* ou na *Ekklesía*) sua opinião, vê-la discutida e considerada no momento da decisão coletiva. Assim, a democracia ateniense não aceita que, na política, alguns possam mais do que os outros, e não aceita que alguns julguem saber mais do que os outros e por isso ter direito de, sozinhos, exercer o poder... Na política, todos são iguais, todos tem os mesmos direitos e deveres, todos são competentes".[103]

Após a guerra contra os persas (470 a.C), vencida por uma confederação de cidades-estado gregas sob a liderança de Atenas, o mundo mediterrâneo passou por profundas transformações. De um lado, acentuou-se o contraste entre identidade (todos os indivíduos oriundos da Ática, do Peloponeso, das cidades-estado da Jônia e da magna Grécia reconhecem-se mutuamente como gregos) e diferença (não formam um Estado centralizado, sendo que cada cidade se diz soberana em relação às demais). E mais ainda,

aos poucos, fica evidente que não obstante todos vivam sob um mesmo território e compartilhem os mesmos valores e crenças, sendo todos eles sujeitos à razão, eram profundamente diferentes sob o aspecto da aparência, da força física, da inteligência, da eloqüência argumentativa, da influência política. E, sobretudo, da riqueza – isso sem falar da desigualdade radical que separava dentro da *Polis* homens e mulheres, senhores e escravos. Tais ambigüidades não poderiam passar despercebidas pelo nascente pensamento filosófico.

O predomínio de Atenas atraiu para essa cidade os mais conhecidos e reputados pensadores do mundo mediterrâneo. E para além daqueles que haviam se proposto a compreender os fundamentos da matéria, as leis da natureza, foi surgindo uma "nova safra" de "sábios" que, diferentemente da geração anterior, não se interessavam pela natureza, mas pela *polis* e seus mais importantes residentes: os cidadãos. Ardorosos defensores do regime democrático, estes novos pensadores que se tornaram conhecidos como "sofistas", acreditavam que só pela democracia se garantia um plano de igualdade elementar entre todos os cidadãos. E que apenas dessa forma, partindo-se de um patamar acessível à todos (uma razão que se expressa verbalmente no bojo do espaço público das assembléias), cada indivíduo, poderia desenvolver plenamente suas habilidades, reservando-se aos que melhor se expressam e convencem os demais, o comando político da cidade e a primazia na aquisição das honras e méritos.

Percebiam uma significativa semelhança entre a democracia e os jogos olímpicos, salientando, no entanto, que a igualdade que marca a competição política (fundada no duelo argumentativo instrumentalizado pela retórica) seria mais paritária do que a dos jogos – fundada em desigualdades naturais que não poderiam ser igualmente trabalhadas por todos como ocorre no domínio da oratória. Assim, a igualdade de base seria necessária para a admissão de uma desigualdade (legítima) posterior. A competição permitiria a afluência dos melhores, que passariam a comandar a cidade, que por sua vez se beneficiaria de sua competência, e ao final, todos ganhariam.

---

[103] Op. Cit. p. 111.

Opondo forte resistência a essa concepção competitiva que os sofistas tinham do regime democrático, Sócrates, parece apontar em um outro sentido, no qual reconhece a força constitutiva do discurso político, mas procura-se assentá-lo no plano de uma cooperação (diálogo). Com vistas a um conhecimento "essencial", recusando as aparências enganosas do "senso-comum", das meras opiniões (*doxa*) por meio das quais os oportunistas e demagogos procuram apresentar os seus interesses particulares como se fossem universais, busca atravessar o plano das "aparências", da "forma", para se chegar a uma verdade substancial (*alethéia*). Ao invés de se buscar vencer o co-cidadão transformado em adversário, o fundamental seria criar condições favoráveis a um diálogo aberto e sem resistências de fundo (*ironia*) para, a partir daí, encontrar respostas que satisfaçam ao interesse de todos (*maiêutica*), e que possam ser a expressão de um dado (ainda que transitório) acordo ou consenso.

O embate entre Sócrates e os Sofistas assinalou um novo momento dentro da evolução do pensamento filosófico no ocidente, no qual se transitou de uma reflexão sobre a natureza (período cosmológico) para uma nova reflexão sobre o homem e a *polis* ou sociedade (período antropológico). Também assentou as bases de uma dicotomia que marcou a reflexão jurídico-política sobre a igualdade e a justiça até os nossos dias, em que se divisa uma concepção coletivista oposta a uma outra de natureza individualista, uma pautada na cooperação e outra na competição entre cidadãos – mais tarde reapropriada pelas tradições socialista e liberal e pela idéia de "esquerda" e de "direita". E de forma peculiar, serviu para alimentar a elaboração filosófica dos dois mais importantes pensadores da antiguidade sobre este tema: Platão e Aristóteles. E é sobre o pensamento destes autores que passaremos a nos ocupar.

1.3 - As idéias de igualdade e de justiça em Platão

> "Não te limites a demonstrar com teu discurso que a justiça é superior à injustiça, mas demonstra

> também qual o efeito de uma e de outra, por si próprias, sobre quem as possui, quer permaneçam, quer não, ocultas aos deuses e aos homens; e depois que uma é um bem, e a outra, um mal." (Platão)[104]

Diferentemente de Sócrates, que viveu o apogeu do regime democrático ateniense ("século de Péricles"), e que mesmo diante de uma injusta execução, continuou mantendo sua profissão de fé na democracia, Platão acompanhou o início da decadência desse modelo político. Membro de uma família tradicionalmente vinculada ao poder político, acompanhou nos bastidores a transformação do período heróico do regime ateniense em mero simulacro, palco festivo, no qual, os demagogos manipulavam a massa, na qual facções aparentemente rivais loteavam nos bastidores a riqueza pública dividindo-a entre si, por meio de conchavos e acordos espúrios selados na calada da noite, na penumbra. Aliás, tal desencanto se converteu em indignação em razão da maneira pela qual esse regime levou à morte um dos seus mais proeminentes defensores, transformando ele (Platão), o seu mais destacado pupilo, em um crítico ácido da idéia de democracia.

No entanto, a rejeição do modelo democrático não implicou no seu afastamento do debate político. Muito pelo contrário. Todavia, Platão participou deste debate ao seu modo, organizando-o em torno do seu método peculiar de interpretação da realidade: o idealismo filosófico.

Por idealismo, podemos compreender uma concepção segundo a qual a existência de qualquer objeto ou fenômeno material, originado pela ação humana (cultura) ou da natureza (*phisys*), deverá necessariamente ser precedida pela "idéia" daquele objeto ou fenômeno. Ou seja, para que a mesa e cadeira na qual eu me sento neste momento existam, aqui e agora, antes deles se materializarem na forma e no conteúdo presente tiveram necessariamente que existir na forma de uma idéia, modelo, plano, projeto. Enfim, o surgimento do material deve necessariamente ser precedido pela manifestação do imaterial. Ao transpor-se tal conjectura para o plano da política, teremos como conseqüência, a precedência (não apenas cronológica, mas também heurística e valorativa) da teoria em relação à prática.

---

[104] **A República**. São Paulo: Ed. Difusão Européia do Livro, Volume I, Livro II, 1965, p. 53.

> "Outrora na minha juventude experimentei o que tantos jovens experimentaram. Tinha o projeto de, no dia em que pudesse dispor de mim próprio, imediatamente intervir na política."[105]

No entanto, fiel aos seus pressupostos teóricos, antes de fazer política, tratou Platão de tentar compreender tudo o que a ela estava ligado. Como resultado de tal esforço, resultou uma obra que marcou o início da reflexão sistemática sobre o universo político no âmbito da tradição ocidental: A República.

Nesta obra, Platão realiza uma crítica demolidora ao regime democrático em geral e do sistema ateniense em particular. Em um texto que surpreende pela atualidade denunciou um conjunto de elementos que conduziam o Estado para práticas execráveis de corrupção, nepotismo, incompetência e descontinuidade administrativa. Em seguida, propõe uma série de reformas sociais, que acaso adotadas, implicariam em uma reformulação profunda do mundo então vigente.

No bojo de um conjunto de propostas de natureza igualitária, o primeiro alvo foi à família, fonte ancestral de poder político e de desestabilização da autoridade estatal, que segundo Platão, deveria desaparecer. Para chegar-se a tal termo, as mulheres, a partir de então, deveriam ser compartilhadas, e a procriação deveria ser regulada de tal forma a atender as necessidades da cidade e a princípios de eugenia. E por fim, todas as crianças deveriam ser educadas compulsoriamente pelo Estado, sendo que nenhuma delas deveria conhecer o seu pai biológico. Na contra-mão do pensamento e da prática corrente na antiguidade, admite a igualdade política entre homens e mulheres, sendo que a execução dos trabalhos e tarefas indispensáveis para a boa manutenção da cidade poderiam ser realizados indistintamente por homens e mulheres. Levar-se-ia em consideração nessas empreitadas, exclusivamente a diversidade das aptidões naturais – existentes não apenas entre os gêneros, mas também entre indivíduos no seu interior.

No entanto, o estabelecimento do "Estado ideal", só poderia se completar em razão de uma reforma política abrangente, que implicasse, na

---

[105] PLATÃO. **Carta VII, endereçada aos parentes e amigos de Dion de Siracusa**. apud Motta Pessanha, José Américo. **Platão – vida e obra**. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991, p. vii.

substituição da democracia por um novo regime político. Neste, o fundamento de legitimidade, migraria do assentimento popular resultante dos debates públicos nas assembléias para uma classe dirigente recrutada exclusivamente em razão do seu indiscutível conhecimento e capacidade. Um tipo de aristocracia, radicada não mais no sangue ou na tradição, mas no mérito: uma "meritocracia". Somente a partir de tal regência, sob o comando dos melhores, seria possível chegar-se ao Estado ideal, ao Estado perfeito.

> "A idéia de um "Estado perfeito" não era nova em si. O impulso congênito dos Gregos, que em todos os ramos das artes e das ciências os impelia à perfeição máxima, atuava também na vida política deste povo como um aguilhão de descontentamento pela imperfeição do existente. E nem a severidade imponente da lei, que castigava com a pena de morte a subversão da Constituição vigente, refreava a fantasia política, ansiosa de se erguer pelo pensamento acima das condições imperantes. Principalmente as condições sociais eram, há vários decênios, objeto de apaixonadas especulações."[106]

No âmbito do Estado ideal platônico, as questões referentes à igualdade e à justiça ganharam uma conotação muito peculiar. Como já se fazia notar no universo cultural grego desde a proeminência do pensamento mítico, a igualdade jamais é pensada em uma dimensão universal, mas sempre no interior de uma determinada classe, grupo ou categoria. Não era vista como um bem em si, mas como um meio adequado de se potencializar um determinado valor ou princípio – no caso de Platão, a eficiência do Estado, da qual dependeria a felicidade dos seus cidadãos. No pensamento platônico, promove-se a fusão integral entre Estado e sociedade. Assim como em sua apropriação da idéia pitagórica do dualismo psicofísico, na qual corpo e alma, não obstante fundidos, possuem distintas substâncias, com a prevalência necessária da alma (sede da razão temperante e da disciplina) sobre o corpo material (sede da concupiscência, do comportamento desregrado, das paixões), igualmente em sua doutrina política, o Estado, aparecerá como fonte de toda a virtude. Em função de sua legitimidade e autoridade (retirada do conhecimento meritório dos guardiões governantes) deve o Estado disciplinar e

[106] JAEGER, Werner. **Paidéia – a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 754.

moldar o corpo social com base em um modelo ideal de organização social por ele elaborado.

Para isso, os indivíduos, deveriam ser classificados e organizados em classes sociais distintas em função de suas respectivas atividades (que por sua vez seriam definidas em função do mérito individual). Desse modo, no interior de sua classe, os indivíduos seriam rigorosamente iguais, recebendo idêntico tratamento e distinção por parte do Estado. Mas tal tratamento e distinção seriam diferentes entre as diversas classes, sendo que, apenas ao final, em seu conjunto, apresentar-se-iam de forma harmoniosa, garantindo pela especialização de funções e pela divisão social do trabalho, a satisfação eficaz de todas as necessidades sociais. A "igualdade" só se obtém no plano do particular, mas no âmbito do universal, chega-se ao "equilíbrio" – virtude política fundamental capaz de garantir a justiça para o conjunto da sociedade.

Neste ponto, para podermos avançar um pouco mais sobre a concepção platônica da igualdade e da justiça torna-se necessário fazer-se uma referência específica à "*paidéia*" platônica. Trata-se de um modelo peculiar de educação que têm por objetivo viabilizar um amplo recrutamento de indivíduos para o preenchimento de todas as funções necessárias ao adequado funcionamento do Estado e, sobretudo, para a formação da classe dos guardiões (governantes e magistrados filósofos), a quem caberia tomar as mais importantes decisões políticas. [107]

A sociedade seria assim estruturada, com os indivíduos distribuídos entre as três classes sociais em razão do seu mérito, portanto, convivendo

[107] "Até a idade de 07 anos, todas as crianças, de todas as classes e de ambos os sexos, recebem a mesma educação: ginástica, dança, jogos para aprendizado dos rudimentos da matemática, poesia épica para conhecimento dos heróis (mas Platão expulsa Homero e Hesíodo de sua Cidade porque descrevem os deuses e heróis com vícios que não servem à educação do cidadão). Aos 7 anos, as crianças passam por uma seleção: as menos dotadas ficam com suas famílias na classe econômica, enquanto as mais dotadas prosseguirão. Agora, iniciam os estudos das artes marciais e o treino militar (com novos conhecimentos matemáticos, necessários à arte da guerra) que irão até os 20 anos, quando os rapazes e as moças passarão por novos exames e nova seleção. Os menos dotados ficarão na classe dos guardiões, enquanto os mais dotados iniciarão os estudos para a administração do Estado. Estudam, agora, as matemáticas: aritmética, geometria, estereometria, astronomia e música, isto é, acústica e harmonia. É o aprendizado das ciências dianoéticas, puramente intelectuais, de formação do raciocínio discursivo e do pensamento hipotético-dedutivo. Aos 30 anos, uma nova seleção é feita. Os que se mostrarem menos aptos ocuparão funções subalternas da administração pública e do comando militar; os mais aptos, iniciarão o estudo principal, para o qual foram preparados durante 30 anos: a dialética, isto é, a saída da caverna, Aos 35 anos serão submetidos a uma nova prova; se aprovados, iniciam os estudos da ética, física e da política (...) aos 50 anos, passam pelo exame final. Se aprovados, tornam-se magistrados e dirigentes políticos. Os aprovados, como podemos ver, são filósofos." CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1995, p. 223-224.

entre “iguais”, com cada uma das classes desempenhando uma função essencial à manutenção da totalidade sócio-estatal, atingindo assim, o conjunto, uma posição de equilíbrio. A partir desse ponto, a Cidade está finalmente apta para realizar a justiça – razão de ser do próprio Estado.

Percebe-se que, no âmbito desta incipiente teoria normativa da justiça elaborada por Platão, a destacada importância conferida por ele à “igualdade”. Esta se mostra particularmente ousada na equiparação das mulheres aos homens, no oferecimento por parte do Estado de condições equânimes para que todos possam galgar os mais altos postos da hierarquia política independentemente de suas condições de origem ou nascimento, realizando concretamente uma situação de plena eqüidade. No entanto, esta igualdade, cumpre apenas uma função mediadora para se atingir o objetivo maior do “equilíbrio”. É este que, por sua vez, conduz à razão suprema que é a “justiça” – compreendida basicamente, a partir da sua psicologia, como ação política que visa conter os apetites e paixões que, uma vez desregrados, podem conduzir a sociedade à auto-destruição, da mesma forma que no âmbito pessoal, podem conduzir o indivíduo ao vício e à ruína.

> “A teoria da justiça desenvolvida na República retoma aquela já exposta na sua psicologia: a justiça ou virtude, no homem, é o governo dos apetites e da cólera pela razão. Essa mesma teoria será aplicada à Cidade, concebida como um conjunto hierarquizado de funções, cada qual com sua *dýnamis* e sua *areté*.”[108]

A justiça assim concebida implica no pré-ordenamento de todos os elementos do Estado de tal forma que, a partir deles, possamos aproveitar ao máximo a potencialidade individual e coletiva (*dýnamis*), em uma situação de igualdade interna e de equilíbrio externo, de forma a permitir o pleno desenvolvimento de suas virtudes (*areté*) e a evitar o vício e a corrupção.

A plausibilidade desse projeto no âmbito pessoal, com a formação de um indivíduo virtuoso que controla hermeticamente seus instintos e paixões, submetendo os apelos do corpo às exigências da alma, substituindo Dionísio por Apolo como fez Pitágoras, é no mínimo problemática. Quando pensada no plano da ação estatal, corre o risco de ultrapassar até mesmo aqueles amplos

limites fixados por uma concepção idealista do Estado e da ação política e reverberar no território da pura estilização.

> "Na realidade, a imagem por ele traçada da justiça e da sua função no Estado perfeito não corresponde à experiência real da vida do Estado, mas é, sim, uma imagem reflexa da teoria de Platão sobre a alma e as suas partes, à qual se projeta ampliada, na concepção que ele tem do Estado e das suas classes. Platão faz o Estado surgir diante dos nossos olhos a partir dos elementos mais simples que o integram, para averiguar em que ponto é que a justiça se impõe como mera necessidade. Ainda que na realidade seja bastante mais à frente que isto acontece, é logo a partir das primeiras etapas da realização do Estado ideal que o seu princípio básico se manifesta inconscientemente, através da necessidade indeclinável da divisão do trabalho profissional, a qual surge a partir do momento em que alguns artesãos e lavradores se agrupam para formar uma comunidade do tipo mais simples. Este princípio, de acordo com o qual cada um tem de executar a sua própria tarefa, está para Platão relacionado com a própria essência da *areté*, a qual consiste na perfeição do conjunto e de cada uma das partes da obra realizada por cada ser. Facilmente se compreende esta verdade, quando se trata da cooperação dos homens dentro de uma comunidade social, ao passo que no caso da cooperação das "partes da alma" torna-se mais difícil verificá-la. Só mais adiante, quando Platão expuser o resultado do paralelo entre o Estado e a alma, se esclarecerá a essência da justiça."[109]

Sendo assim, a reflexão estabelecida pelo platonismo sobre igualdade, equilíbrio e realização da justiça no âmbito de uma teoria normativa, fixou os parâmetros, verdadeiros trilhos ou bitola, através da qual, esta discussão foi retomada de forma sucessiva ao longo dos últimos vinte e quatro séculos. E de uma forma mais específica, motivou a elaboração aristotélica sobre o tema, de forma que, ainda que Aristóteles tenha chegado a uma construção substancialmente distinta desta apresentada por Platão, foi com base neste ponto de partida, que ele pôde se apoiar para iniciar a sua formulação.

---

[108] Op. Cit., p. 221.
[109] JAEGER, Werner. **Paidéia – a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 762-763.

1.4 - As múltiplas possibilidades do conceito de justiça em Aristóteles e sua relação com o conceito de igualdade

"A justiça é algo essencialmente humano."
(Aristóteles)[110]

Não obstante tenha sido aluno da Academia de Platão por cerca de vinte anos, tendo sido seu aluno e discípulo, o pensamento de Aristóteles se distingue substancialmente da filosofia do mestre. Não apenas pela refutação geral feita por Aristóteles com relação ao idealismo platônico, a ele opondo uma concepção empirista acerca do conhecimento, dos seus limites e possibilidades. Mas no caso em questão, principalmente devido à recusa de Aristóteles em enquadrar à ética, a política, e a justiça no rol das chamadas "ciências teoréticas".

Deve-se a Platão uma primeira tentativa de classificação das ciências em razão de sua relação com o objeto que constitui. No entanto, Aristóteles reformulou a proposição platônica, transferindo alguns bens e condutas de um plano para o outro. Neste sentido, segundo sua própria formulação, e aqui seguindo os ensinamentos de Marilena Chauí,[111] teríamos: a) ciências produtivas – seriam ciências que estudam as práticas produtivas ou as técnicas, isto é, as ações humanas cuja finalidade é a produção de um objeto, de uma obra. Seriam elas, a arquitetura (cujo fim é a edificação de alguma coisa). A economia (cujo fim é a produção agrícola, o artesanato e o comércio, isto é produtos para a sobrevivência e para o acúmulo de riquezas). A medicina (cujo fim é produzir a saúde ou a cura). Em suma, todas as atividades humanas, técnicas e artísticas, que resultam num produto ou numa obra. Em seguida teríamos: b) ciências práticas – estudam as práticas humanas enquanto ações que têm nelas mesmas seu próprio fim, isto é, a finalidade da ação se realiza nela mesma, é o próprio ato realizado. Seriam elas: a ética, em que a ação é realizada pela vontade guiada pela razão para alcançar o bem do indivíduo. Seria este bem constituído pelas virtudes morais (coragem, generosidade, fidelidade, lealdade, clemência, prudência, amizade, justiça,

[110] **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991, p. 96.

modéstia, honradez, temperança, etc.). E a política, na qual a ação é realizada pela vontade guiada pela razão para ter como fim o bem da comunidade ou o bem comum. E por fim, teríamos: c) as ciências teoréticas, contemplativas ou teóricas – aquelas que estudam coisas que existem independentemente dos homens e de suas ações, e que, não tendo sido feitas pelos homens, só podem ser contempladas por eles. *Theoria*, em grego, significa Ser em contemplação ou contemplação da verdade.

Na concepção platônica, caberia ao filósofo intuir a partir do "mundo das idéias" uma formulação que corresponderia a um modelo perfeito de Estado, ação ética e política, da qual decorreria necessariamente, a própria justiça. No entendimento de Platão, seria como se um determinado grupo de homens (filósofos) se reunissem e deliberassem, graças à sua autoridade inquestionável no assunto, que o número ideal para um calçado feminino fosse, por exemplo, trinta e seis... Neste sentido, todas as mulheres que eventualmente usassem números abaixo ou superiores a esse, teriam simplesmente que se adaptar à perfeição da idealidade convencionada – visto ser ela, essa convenção, fruto de uma razão suprema. Ou seja, uma vez definida uma dada concepção com base na razão teorética, esta teria validade universal, aplicando-se a qualquer tempo e lugar.

Sem fazer coro com o relativismo típico dos sofistas, mas descontente com o formalismo exacerbado de Platão, concebe Aristóteles a natureza da ética, da política e da própria justiça como essencialmente contingentes, só podendo ser definida a melhor concepção acerca deles, em razão das condições culturais e ambientais específicas a cada sociedade, em um dado momento. Seriam, portanto, variáveis, ainda que pudéssemos definir limites, com alguma amplitude, dentro dos quais uma dada concepção sobre ética, política e justiça poderiam variar, mantendo-se, contudo, legítimas.

> "Aristóteles afirma, contra Platão, que existe toda uma região da vida humana que permanece contingente e particular (ética, política, técnica) e, nem por isso, seria sem sentido e irracional. Platão havia tentado fazer da ética e da política ciências teoréticas, universais e necessárias. Para ele a idéia do Bem como universal e necessário, a idéia da Justiça como universal e necessária e o comando da razão sobre o indivíduo e sobre a

[111] CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 1995, p. 41-42.

> Cidade fariam da ética e da política ciências teoréticas. Pelo contrário, diz Aristóteles, as ações humanas, mesmo quando feitas por uma vontade racional, permanecem contingentes, dependem de escolhas e de situações concretas e não é possível submetê-las à idéia universal do Bem e da Justiça. Será pelo conhecimento de ações boas e justas que definiremos o Bem e a Justiça como valores ou padrões gerais de conduta, e não o contrário."[112]

Ao estabelecer que a política situa-se no campo da contingência, tratou Aristóteles de fixar as balizas capazes de permitir uma avaliação aceitável dessa forma de conduta, sobretudo, quando tomada como ação encaminhada no âmbito e a partir da intervenção estatal.

Mas para tanto, antes, é obrigado a definir os próprios termos em que compreende o fenômeno político. É por demais conhecida a afirmação aristotélica segundo a qual o homem seria um "animal político". O termo político, agregado à locução na condição adjetiva, parece trazer uma conotação de substancialidade, semelhante à locução "animal racional". No entanto qual seria a especificidade da condição de "político" atribuído ao animal homem?

> "É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. Tal indivíduo merece, como disse Homero, a censura cruel de ser um sem família, sem leis, sem lar. Porque ele é ávido de combates, e, como as aves de rapina, incapaz de se submeter a qualquer obediência."[113]

De início, parece que Aristóteles tenciona ressaltar a condição gregária, característica da espécie humana (o homem como animal "social"). Ora, vivendo em sociedade, ainda que dispondo da razão, o homem continua afeto a seus desejos e paixões. Mais ainda, a racionalidade, ao invés de restringi-las e eliminá-las, como desejava Platão, muitas vezes as potencializa, por meio da faculdade da imaginação, da fantasia, dando azo à inveja, a soberba, a ganância, etc. O que faz com que, a vida do homem em sociedade, tenha por

---

[112] CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995, p. 254.
[113] ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p. 14.

característica uma permanente irrupção de conflitos de interesse de toda espécie. Dada a natureza essencialmente conflitiva da convivência humana em sociedade, o indivíduo é instado a enfrentá-la no seu cotidiano. Tendo em vista a natureza "prática" da política, Aristóteles, acaba por concebê-la como uma espécie de "arte" da administração de conflitos. Tanto no plano individual, como no coletivo, a capacidade para administrar conflitos torna-se pré-condição para alcançar-se a "felicidade" – objetivo maior do habitante da *polis*, da *civitas*.

Ora, quando imaginamos alguém que conhecemos, e que supomos ser uma pessoa que convive de forma relativamente cotidiana com a felicidade, provavelmente encontraremos aí alguém com uma razoável habilidade para lidar com os seus conflitos – e as frustrações que inevitavelmente eles produzem. Da mesma forma, o Estado preocupado com a felicidade e o bem estar dos seus cidadãos deve buscar a partir da ação política, uma forma para administrar os conflitos de interesse que emergem do seu interior e que eventualmente podem levar à sedição, a revoluções e, portanto, a auto-destruição da sociedade e do Estado. Estando a política sujeita às vicissitudes da contingência, não havendo uma "ciência teorética" que permita predispô-la de uma forma eficaz, de uma vez para sempre, a política precisa de um parâmetro. Aristóteles acredita ter encontrado esse parâmetro na "justiça".

Nesse sentido, o conceito de justiça em Aristóteles possui, em primeiro lugar, um sentido de "legitimação" para a ação política – seja no plano estatal ou individual. E neste sentido, se identifica com a própria "virtude". Não uma virtude específica, particular, mas uma "virtude completa" visto ser ela à única voltada exclusivamente para o bem do próximo e, portanto, a única capaz de garantir o bem comum e a felicidade geral.

> "Essa forma de justiça é, portanto, uma virtude completa, porém não em absoluto e sim em relação ao nosso próximo. Por isso a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e nem Vésper, nem a estrela d'alva são tão admiráveis; e proverbialmente, na justiça estão compreendidas todas as virtudes. (...) Somente a justiça, entre todas as virtudes, é o 'bem do outro', visto que se relaciona com o nosso próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, seja um governante, seja um associado."[114]

[114] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991, p. 82.

No entanto, o aspecto legitimador atribuído pela justiça à política só se completa na medida em que cria as condições objetivas para o bem comum, e estas, encontram-se no âmbito da “igualdade”. Ou, melhor dizendo, no tratamento igualitário, por meio do qual se busca dar um tratamento idêntico aos iguais ao mesmo tempo em que se confere um tratamento diferenciado aos desiguais na medida de sua desigualdade. Reconhece-se, portanto, que os homens, não obstante possuam uma “essência” comum, na medida em que são racionais, sociáveis, mortais, etc., criam em função de sua forma de organização política e convivência social, inúmeras desigualdades, que devem ser enfrentadas e, se não eliminadas, ao menos reduzidas a um nível tolerável, suficiente para evitar explosões de descontentamento e revoltas irascíveis.

E será exatamente isto que constituirá a justiça política aristotélica, na busca de uma legitimidade que só poderá ser sustentada na medida em que o Estado consiga atingir dois pressupostos fundamentais, um de fato e outro de direito: a) criar os iguais na medida em que iguala os desiguais; b) definir como o tratamento desigual conferido aos desiguais possa ser admitido como “justo”. Para atingir tal desiderato, Aristóteles admite a intervenção de duas formas, modalidades ou espécies de justiça: 1) a justiça principal ou fundante, que ele caracteriza como justiça distributiva; 2) e a justiça secundária ou fundada, por ele definida como justiça comutativa ou corretiva.

O processo por meio do qual o Estado procurará igualar os desiguais implica necessariamente no enfrentamento da resistência que deverá ser oposta por aqueles que, não possuindo a virtude de serem justos, tenderão a encarar os seus eventuais privilégios como direitos, fundamentados, sobretudo, na tradição, na regra do fato consumado. Por isso, o Estado que queira legitimar-se pela justiça deve buscar introduzi-la inicialmente com base na persuasão e com fundamento na lei – uma vez que esta, *de per si*, goza de presunção de legitimidade. E se isto não bastar, estará o governante ou magistrado autorizado, assim como as deusas *Themis* e *Diké* – as duas divindades, por meio das quais, o pensamento mítico expressou a sua percepção sobre a justiça – a servir-se da espada (coerção) em nome do equilíbrio e da igualdade (a balança nas mãos da deusa).

Quanto ao segundo pressuposto fundamental, a formulação de uma "regra de distribuição" que possibilite definir um tratamento desigual conferido aos desiguais que possa ser admitido como "justo", Aristóteles, evita a admissão de um critério unívoco. De uma maneira geral, admite três regras de distribuição, que deveriam ser combinadas, de tal forma a evitar que, buscando corrigir-se uma dada injustiça, se criasse outra. Neste sentido, os critérios mais importantes seriam os do "mérito", da "necessidade", e o do "retorno para o bem da cidade". No entanto, não obstante tais critérios pareçam possuir clareza e amplitude suficiente para atender a todas as expectativas e, conciliar supostos antagonismos, o próprio Aristóteles admite dificuldades. Visto que, uma vez aceitos (ainda que um único critério) por uma dada comunidade, devem os seus membros atingir um consenso mínimo acerca do seu conteúdo, forma de aplicação e do fim último que deveriam perseguir.

> "Se não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas: ou quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais. Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas 'de acordo com o mérito'; pois todos admitem que a distribuição justa deve concordar com o mérito num sentido qualquer, se bem que nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito, mas os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência."[115]

De qualquer forma, ultrapassado o problema do conteúdo da justiça política (justiça como fundamento de legitimidade), por meio dos dois pressupostos essenciais acima referidos, passa-se à questão das "duas justiças".

A justiça distributiva diz respeito à forma pela qual o Estado promove a repartição dos bens (em sentido amplo) no conjunto dos seus cidadãos. Dentre estes bens, encontram-se riquezas materiais, honrarias, fama, glória, enfim, tudo que eventualmente pudesse ser legitimamente desejado pelos cidadãos e que pela natureza do bem possa ser partilhável e distribuído. No entanto, a principal característica dessa justiça voltada para a criação dos iguais, para o justo tratamento dos desiguais, será a forma como ela opera a distribuição, a

partir de uma premissa geométrica, e não aritmética. Na distribuição dos bens, dever-se-á levar em conta as condições objetivas de cada um que pretenda recebê-los, de tal forma que não se atribua, em caso de grave crise, por exemplo, a mesma quantidade de azeite ou pão a todas as famílias (critério aritmético) sem indagar-se acerca do tamanho de cada uma, de suas posses, etc. Neste sentido, a justiça fundante deverá tanto reduzir as desigualdades (econômicas, sociais, culturais, dentre outras) quanto impedir que elas aumentem. No entanto, Aristóteles deixa claro que a justiça fundante, operando geometricamente, deve buscar uma justa repartição dos bens com base em um critério de "proporcionalidade", jamais de "reciprocidade" – o que valeria também para a justiça comutativa ou corretiva. Raciocinar de forma distinta implicaria em uma perigosa aproximação entre as idéias de justiça e de pura vingança.

> "Os matemáticos chamam 'geométrica' a esta espécie de proporção, pois só na proporção geométrica o todo está para o todo assim como a parte está para a parte correspondente. Esta proporção não é contínua, pois não podemos obter um termo único que represente uma pessoa e uma coisa. É aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção (...) Alguns pensam que a reciprocidade é justa sem qualquer reserva, como diziam os pitagóricos; pois assim definiam eles a justiça. Ora, reciprocidade não se enquadra nem na justiça distributiva, nem na corretiva e, no entanto, querem que a justiça do próprio Radamanto signifique isso: Se um homem sofrer o que fez, a devida justiça será feita (...) a reciprocidade deve fazer-se de acordo com uma proporção e não na base de uma retribuição exatamente igual. Porquanto é pela retribuição proporcional que a cidade se mantém unida."[116]

Com relação à chamada "justiça comutativa" também denominada por Aristóteles como corretiva, busca a mesma a correção dos eventuais erros cometidos pela justiça distributiva ou fundante – em especial quando inobserva-se o critério da proporção em detrimento do da reciprocidade, fazendo com que "os pratos da balança" oscilem pendularmente de um extremo ao outro. Mas a função primordialmente atribuída à justiça comutativa é a de corrigir erros e delitos cometidos nas relações entre cidadãos (particulares), que segundo Aristóteles podem ser classificadas em

---

[115] Op. Cit., p. 85.

“voluntárias” e “involuntárias” – e estas últimas, por sua vez, poderiam ser classificadas em “clandestinas” e “violentas”. Por meio dessa justiça corretiva, busca-se a aplicação das regras de direito ou das leis definidas pela justiça distributiva.

> “outra espécie [de justiça] é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos. Desta última há duas divisões: dentre as transações (1) algumas são voluntárias, e (2) outras são involuntárias – voluntárias, por exemplo, as compras e vendas, os empréstimos para consumo, as arras, o empréstimo para uso, os depósitos, as locações (todos esses são chamados voluntários porque a origem das transações é voluntária); ao passo que das involuntárias, (a) algumas são clandestinas, como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o engodo a fim de escravizar, o falso testemunho e, (b) outras são violentas, como a agressão, o seqüestro, o homicídio, o roubo a mão armada, a mutilação, as invectivas, os insultos.”[117]

Uma vez vencida a exposição acerca das duas modalidades de justiça, outro aspecto que sobressai na reflexão aristotélica diz respeito à maneira como ele concebe a relação entre a justiça e a eqüidade, entre o justo e o eqüitativo. Chama a atenção de Aristóteles o fato de tais conceitos, não serem absolutamente idênticos e nem genericamente distintos entre si, tendo em vista que justiça e eqüidade não são coisas de classes diferentes. No entanto, ele afirma peremptoriamente que o eqüitativo é superior ao justo. Dada à compreensão aristotélica da realidade, profundamente hierarquizada, um bem superior necessariamente contém um estágio que lhe é inferior, não sendo a recíproca, todavia, verdadeira.

Mas em que sentido o eqüitativo seria superior ao justo, já que o eqüitativo também é justo? Segundo Aristóteles, a questão reside no fato de que o eqüitativo não é “legalmente justo”, sendo na verdade, um corretivo para a “justiça legal”. O problema de fundo radica na própria estrutura da norma legal, cuja construção lingüístico-textual só pode se dar com base em um enunciado calcado em uma pretensão universalista. E não poderia ser diferente, já que a lei busca regular uma situação genérica e abstrata, e por mais precisa que seja a técnica adotada pelo legislador, esta jamais será capaz

---

[116] Op. Cit., p. 85,87,88.
[117] Op. Cit., p. 84.

de esgotar todas as possibilidades casuisticamente postas pelo imprevisível movimento da realidade histórico-social. De tal forma que, diante de um caso concreto, a pura e simples aplicação da lei, não obstante legítima, pode conduzir a uma injustiça – ou ao menos a um "*déficit*" de justiça, a uma justiça incompleta. De tal forma que, a aplicação de um juízo eqüitativo, muitas vezes se mostra imprescindível para se amenizar os rigores da lei ao caso concreto, ou para integrá-lo ao ordenamento que até então não o havia previsto.

> "O que faz surgir o problema é que o eqüitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza. Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão – em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso."[118]

Aristóteles deixa claro que o fato do eqüitativo ser justo, e até mesmo superior a uma espécie de justiça (a legal), não quer dizer que ele corresponda a uma justiça absoluta, colocando-se simplesmente como um corretivo do erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal, deficiente em razão de sua própria (e irrenunciável) universalidade. Ou da impossibilidade prática do legislador prever todas as situações que deveriam ser normadas para uma adequada regulamentação da convivência humana. Daí porque em casos assim, a insuficiência ou lacuna deverá ser suprida por um decreto. Obviamente, ao utilizar-se da expressão "decreto", Aristóteles não dava a mesma a conotação jurídica que ele hoje possui – de norma regulamentadora, de natureza executivo-administrativa. Mas provavelmente pensava na pessoa do magistrado, homem eqüitativo por excelência, e o mais indicado para promover a justiça, se preciso for, para além da lei, adaptando-a as necessidades objetivamente postas para a sua apreciação.

> "Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos. Torna-se assim bem claro o que seja o eqüitativo, que ele é justo e é melhor do que uma espécie de justiça. Evidencia-se também, pelo que dissemos, quem seja o homem eqüitativo: o homem que escolhe e pratica tais atos, que não se aferra aos seus direitos em mau sentido, mas tende a tomar menos do que seu quinhão embora tenha a lei por si, é eqüitativo; e essa disposição de caráter é a eqüidade, que é uma espécie de justiça e não uma diferente disposição de caráter."[119]

A perspicácia e a sutileza com que Aristóteles aborda a relação entre justiça legal e eqüidade deixa patente a profundidade de sua reflexão, sua sensibilidade, para as questões afetas à justiça em geral. Visto que, não obstante a aplicação do eqüitativo esteja mais diretamente relacionada ao incremento da justiça corretiva, não há dúvida que, o seu desempenho satisfatório, é vital também para a justiça distributiva – na medida em que esta última deve sofrer a intervenção reparadora da primeira toda vez que se apresente de forma inadequada. Ademais, o conceito de eqüidade inicialmente formulado por Aristóteles como corretivo para as omissões e excessos da lei, acabou evoluindo com sua recepção pelo direito romano, chegando até nossos dias, em obras como a de John Rawls, na qual passou a ser compreendida como uma forma qualificada de igualdade, como igualdade de oportunidades. Até porque, como dissemos a pouco, a igualdade é a razão de ser última do conceito de justiça em Aristóteles – na medida em que é por ela que a justiça pode se colocar como *telos*, "causa final" da política. E dessa forma, a realização prática da igualdade, passa a ser o principal elemento de legitimação para o poder político, caracterizando-se assim uma verdadeira teoria normativa da justiça como igualdade.

No entanto, apesar de todo esse avanço na forma de conceber as questões afetas à justiça e à igualdade em relação ao período que o precedeu – sobretudo o platonismo – também houve recuos. O exemplo mais patente, diz respeito à concepção inigualitária expressa por Aristóteles em relação aos filhos e às mulheres. Com relação a estas últimas, considera-as um "homem

---

[118] Op. Cit., p. 96.

incompleto", possuindo "uma natureza" essencialmente passiva, reprodutiva e submissa. E como conseqüência dessa última característica, Aristóteles compara a mulher a um escravo, distinguindo-se desse, por sua diversa utilidade, portanto, a diferença essencial entre ambos, lhe parece meramente instrumental.[120] Os filhos, agregados e servos, são tidos como mera extensão do *déspota*, estando sujeitos à justiça privada, por ele denominada por patronal ou doméstica, não podendo qualquer agressão à sua integridade física ou moral, por exemplo, ser considerada uma injustiça.

> "A justiça de um amo e a de um pai não são a mesma que a justiça dos cidadãos, embora se assemelhem a ela, pois não pode haver justiça no sentido incondicional em relação a coisas que nos pertencem, mas o servo de um homem e o seu filho, até atingir certa idade e tornar-se independente, são, por assim dizer, uma parte dele. Ora, ninguém fere voluntariamente a si mesmo, razão pela qual também não pode haver injustiça contra si próprio. Portanto, não é em relações dessa espécie que se manifesta a justiça ou injustiça dos cidadãos; pois como vimos, ela se relaciona com a lei e se verifica entre pessoas naturalmente sujeitas à lei; e estas, como também vimos, são pessoas que têm partes iguais em governar e ser governadas (...) Trata-se, nesse caso, de justiça doméstica, a qual, sem embargo, também difere da justiça política."[121]

Todavia, o grande *déficit* igualitário demonstrado por Aristóteles, se revela por sua visão acerca da escravidão. Não obstante uma certa ambigüidade, que beira o desconforto em algumas páginas da sua obra A Política,[122] a clareza conceitual com a qual ele aborda o tema não deixa de ser, mesmo quando devidamente contextualizada, um tanto chocante. Começa por afirmar que não obstante haja clara distinção entre um homem livre "natural" e um "escravo natural", nem todo filho de um escravo natural deverá ser um escravo natural. Considera a escravatura por conquista injusta, mas tolerável

---

[119] Op. Cit., p. 96-97.

[120] "Deste modo impôs a natureza uma essencial diferença entre a mulher e o escravo – porque a natureza não procede avaramente como os cuteleiros de Delfos, que fazem facas para diversos trabalhos, porém cada uma isolada só servindo para um fim. Desses instrumentos, o melhor não é o que serve para vários misteres, mas para um apenas. Entre os bárbaros, a mulher e o escravo se confundem na mesma classe. Isso acontece pelo fato de não lhes ter dado a natureza o instinto do mando ..." ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p. 13.

[121] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991, p. 90-91.

[122] "A utilidade dos escravos é mais ou menos a mesma dos animais domésticos: ajudam-nos com sua força física em nossas necessidades cotidianas. A própria natureza parece querer dotar de características

desde que os gregos evitem escravizar outro grego. Acredita que os interesses do senhor e do escravo se identificam, na medida em que o primeiro garante a vida do segundo, e este, deve garantir o sustento e a riqueza do primeiro. Neste sentido, Aristóteles procura persuadir os senhores a não tratar os escravos como animais, devendo reconhecer nestes a existência de uma alma – que, no entanto, só se atualiza em função da imaginação, ainda que reconheça que os mesmos são capazes de articular um discurso de forma coerente. Por último, afirma que os senhores devem propiciar aos escravos a esperança quanto à sua emancipação, sem explicar, contudo, de que forma uma eventual emancipação poderia alterar a sua condição de "escravo por natureza". Tal concepção perdurou por milênios no ocidente, sendo inclusive reavivada, em plena idade moderna, para sustentar parte da grande empreitada colonial européia no chamado "novo mundo".

> "Aristóteles defende uma tese que perdurará no Ocidente até o século XVIII: a do escravo por natureza. A natureza faz alguns homens fisicamente robustos, predispostos para o trabalho braçal e com pequena capacidade intelectual e moral, e faz outros menos robustos, mais aptos para os estudos, para o comando, para a vida política. Os primeiros são escravos por natureza e os segundos, livres por natureza. No entanto, Aristóteles é obrigado a reconhecer que há escravos por conquista. Embora afirme que tal escravatura é injusta, não escreve nada que possa contribuir para aboli-la, permanecendo, assim, um grego com os preconceitos e ideologias de sua época e sociedade. O que é um escravo? A resposta de Aristóteles é surpreendente: é um instrumento dotado de voz (ou de palavra, *logos*). Se nos lembrarmos da classificação das faculdades da alma, entenderemos a definição aristotélica: o escravo é um humano cuja alma não vai além da imaginação, sendo incapaz do uso pleno da razão. Por isso, por natureza, o escravo deve ser dirigido e comandado."[123]

Não obstante todas essas afirmações em prol da desigualdade entre senhores e escravos, e a concepção politicamente rebaixada da mulher e dos filhos – em parte compreensível em razão do rudimentar desenvolvimento das forças produtivas naquele contexto histórico – a contribuição de Aristóteles para o aperfeiçoamento de uma teoria normativa da justiça foi notável. E mais

---

diferentes os corpos dos homens livres e dos escravos." ARISTÓTELES. **A Política**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p. 18.

[123] CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995, p. 326.

de quinze séculos depois, será utilizada como ponto de partida por aqueles que, no alvorecer do mundo moderno, retomarão em novas condições históricas, a reflexão em torno dos temas da igualdade e da justiça – em especial aqueles pensadores que ficarão conhecidos pela denominação genérica de "contratualistas". E sem se esquecer também da própria evolução do conceito de eqüidade, que como afirmamos a pouco[124] chegou até os nossos dias.

CAPÍTULO 2º: O PENSAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO CONTRATUALISTA, O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO NÚCLEO DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONSTITUCIONALISMO MODERNO:

Antes de iniciarmos nossa reflexão acerca do pensamento de Thomas Hobbes, nos parece conveniente um breve comentário sobre toda uma corrente filosófica em relação a qual o autor em questão encontra-se inserido por força de uma tradição que acabou por estabelecer-se entre os historiadores da filosofia ao longo dos últimos quatro séculos. Trata-se do chamado "contratualismo".

Por contratualismo podemos entender uma dada concepção acerca da origem, fundamentação e legitimação do poder político no contexto histórico daquilo que ficou conhecido por "modernidade". Trata-se na verdade, de uma sucessão de autores que, partindo basicamente das mesmas premissas conceituais, acabaram por chegar a conclusões e postulados diversos, quando não antagônicos.

[124] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

De uma maneira geral, os autores comumente inclusos no âmbito do contratualismo,[125] refletem sobre as conseqüências jurídicas, políticas, econômicas e sociais que derivam da emergência, consolidação e crise de um sistema econômico (capitalismo, tanto em sua fase mercantilista quanto industrial), um modelo político (expresso na transição do Estado absolutista para o Estado liberal), e uma classe social: a burguesia. Grosso modo, todos eles acabaram por elaborar, assim como já o tinham feito na antiguidade Platão e Aristóteles, uma teoria normativa da justiça.

Esta formulação possui um fundamento teórico-jurídico essencial e comum a todos os autores reunidos pelos estudiosos no interior dessa doutrina: um "contrato social" como pressuposto de legitimidade para a constituição e exercício válido do poder político, suas prerrogativas e limitações. Mais ainda, o contrato social como pura expressão (formal) de um "poder constituinte" lastreado na "soberania popular" – o que implicou no abandono das concepções clássicas que fundamentavam a legitimidade do poder político na virtude (*areté*), na razão (*logos*), na natureza (*phisys*), ou no divino (*teokratos*).

Não obstante, a fundamentação da legitimidade política no assentimento popular, fosse também conhecida e praticada no mundo antigo (*demokratos*), a concepção moderna, instituída a partir de Hobbes, traz uma notável ampliação do corpo social em torno do qual o assentimento passa a ser exigido. Introduziu-se (ainda que restritas ao âmbito jurídico-formal) categorias com pretensões universalizantes, como "povo" e "nação". Nestas, fica patente, uma ampliação substancial da idéia de fonte e fundamento para o exercício do poder político, e a realização de uma justiça política em torno da idéia (a partir deste ponto, transformada em princípio jurídico-político) de "igualdade".

Tal entendimento redundará na moderna concepção de "direitos fundamentais", que juntamente com a idéia de assentimento popular e de limitação do poder político, constituíram o núcleo elementar do chamado "constitucionalismo". Sob essa perspectiva, pretendemos afirmar que o constitucionalismo articula-se, de fato, a uma teoria normativa geral da justiça

[125] Incluímos nesse rol quatro pensadores que de certa forma se sucederam ao longo de três séculos, em um período que vai de meados do século XVI até o início do século XIX, e que seriam respectivamente: Thomas Hobbes; John Locke; Jean-Jaques Rousseau; e Imanuel Kant.

como igualdade, referendada na constatação empírica da ampliação em ondas sucessivas de novas dimensões de direitos fundamentais no âmbito da sociedade ocidental, atingido a sua forma mais acabada, no interior daquilo que denominamos por Estado Democrático Social de Direito.

2.1 - A igualdade como condição de existência e superação do estado de natureza em Thomas Hobbes

Thomas Hobbes foi o grande predecessor do pensamento contratualista. E não obstante o seu pensamento tenha se constituído em um verdadeiro "paradigma negativo", na medida em que foi duramente criticado por todos os demais representantes dessa corrente de pensamento, teve o mérito de fixar os conceitos elementares ("estado de natureza", "propriedade privada", "contrato social", "direito de rebelião") que pautaram toda a filosofia contratualista até os primeiros anos do século XIX.

Mas Hobbes foi também um dos grandes teóricos do Estado absolutista, na medida em que o compreendia como um instrumento necessário para recompor a sociedade européia no momento em que o medievo vivia a sua agonia final. Absolutista convicto, mas um dos mais destacados representantes dos interesses da burguesia, o pensamento de Hobbes se destaca por um forte pragmatismo, que buscou, sob condições profundamente adversas, encontrar um caminho que levasse essa classe social em ascensão à conquista definitiva de sua proeminência econômica, ainda que para isso, fosse necessário renunciar (no curto-médio prazo) ao controle político do Estado.

Durante a longa crise do modo de produção feudal e os primórdios do sistema mercantilista em processo de estruturação, a burguesia percebeu na fragmentação – política, monetária, militar, administrativa, legislativa, e jurisdicional – o maior entrave para o seu pleno desenvolvimento. À ausência de uma autoridade política e militar que se fizesse respeitar em um âmbito territorial mais extenso, somou-se às dificuldades impostas pelo poder de cada senhor feudal. Estes podiam cunhar a sua própria moeda, transformando o câmbio em um profundo tormento para a atividade comercial, onerando os

seus custos, em benefício exclusivo de uma classe social que a partir de então passou a ser percebida pelo conjunto da sociedade como perdulária, parasitária do esforço e do risco alheio.

No campo jurisdicional, as próprias corporações de ofício, inicialmente, e depois o costume mercantil, produzissem um conjunto relativamente satisfatório de regras e normas para a regulamentação da atividade comercial. Não obstante, o recurso a diversas formas de arbitramento privado, não se mostrava satisfatório para a efetivação dos contratos assumidos entre as partes - devido à ausência de mecanismos seguros e eficazes de coerção. Foi neste sentido que, em um primeiro momento, a burguesia mercantil européia buscou uma aliança de conveniência com o poder monárquico, financiando e dando apoio político à centralização absolutista que conduziu à formação dos primeiros Estados nacionais. A questão fundamental naquele momento parecia ser o enfraquecimento do poder dos senhores de terra e do clero católico, daí a justificação desta aliança entre a burguesia e o rei.

O grande pensador deste período de transição parece ter sido Thomas Hobbes com sua concepção de "individualismo possessivo."[126] Como se sabe, Hobbes parte de uma visão pessimista sobre a natureza humana, concebendo esta, como intrinsecamente egoísta, voltada para a satisfação pessoal e ao apego absoluto da liberdade individual em detrimento das conseqüências que essa postura possa redundar para os demais. Rompe, portanto, com a visão até então dominante, oriunda de Aristóteles, e da leitura deste, feita por Sto. Tomás de Aquino, segundo a qual o homem era naturalmente sociável. Hobbes faz referência a um "estado de natureza", que não representa um momento histórico específico, em um passado longínquo, mas diz respeito a qualquer homem em um contexto pré-político, no qual inexista um Estado soberano organizado que contenha pelo medo de sansão, a instintividade humana – na qual, voltado para si mesmo, "o homem se torna lobo do próprio homem".

No contexto deste estado de natureza, além do egoísmo, duas outras questões chamaram a atenção de Hobbes. Em primeiro lugar, o caráter absoluto da liberdade por todos gozada em seu interior, exatamente pela ausência de um poder político que pudesse impor à sociedade uma ordenação

[126] Termo aqui tomado na acepção que lhe foi conferida por MACPHERSON, C.B. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo – de Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

qualquer, pela inexistência de instrumentos eficazes de coerção. Na ausência de leis e de alguém com disposição e força suficiente para impô-las, cada um faz o que bem entende. Por outro lado, também chamou a atenção de Hobbes, a natureza igualitária dessa situação. Em nenhum outro contexto histórico os homens experimentaram uma situação de igualdade tão radical como no estado de natureza hobbesiano. Tanto que, no seu interior, nem mesmo a força física ou a inteligência maliciosa seriam suficientes para manter o predomínio de um homem ou um grupo por um período significativo – visto que em muito pouco tempo, outros encontrariam uma maneira, pela posse de algum instrumento, conspiração ou ardil, para derrotá-lo, e assim, reiniciar o ciclo igualitário de soma-zero. Neste ambiente, o limite para a satisfação da minha vontade e do meu desejo, só encontrarão resistência na disposição violenta de outro indivíduo para resistir a ela. Seria em razão dessa igualdade absoluta, que os indivíduos viveriam uma situação de guerra civil permanente.

> "A natureza fez os homens tão iguais nas faculdades do corpo e da mente que, embora às vezes se encontre um homem manifestamente mais forte, no físico, ou de mente mais ágil do que outro, no final das contas, a diferença entre um homem e outro não é tão considerável a ponto de que possa, a partir disso, reivindicar para si um benefício ao qual o outro não possa pretender tanto quanto ele. De fato, quanto à força corpórea, o mais fraco tem o suficiente para matar o mais forte, seja recorrendo a uma maquinação secreta, seja aliando-se a outros que correm o mesmo perigo."[127]

Segundo Hobbes, a principal e mais perversa conseqüência dessa situação residiria em uma completa paralisia da sociedade, visto que, o estado de guerra, não se resumiria aos momentos em que o confronto se dá de forma efetiva, mas se perpetua na forma de uma temporalidade belicosa, na qual todos ficam em permanente estado de vigília, preparados para um embate iminente. Como decorrência de tal estado de alerta e tensão, as atividades produtivas e econômicas tendem a estagnação, e a penúria passa a ameaçar todos os envolvidos, reduzindo a oferta de bens necessários à sobrevivência

[127] HOBBES, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 96.

da comunidade e estimulando novas confrontações e disputas – agora no interior daqueles grupos que até então perseguiam um objetivo em comum.[128]

Mas é bom que se diga também que, o fato de Hobbes derivar desse estado de anarquia uma situação de igualdade absoluta, que na sua avaliação adquire uma conotação negativa, não o torna um adversário da igualdade, mas sim de uma liberdade extremada. Neste ponto inclusive, Hobbes critica tanto os que defendem a desigualdade como algo inerente à sociedade em razão de uma dada assimetria meritória entre os indivíduos, quanto à tese da desigualdade por natureza exposta por Aristóteles na relação entre o senhor e o escravo.

Voltando-se com grande lucidez para os conflitos de interesse do seu tempo, deixa patente que a desigualdade eventualmente instituída na sociedade em que vive foi introduzida basicamente pela vontade dos homens (os poderosos), por meio das leis civis, não podendo ela ter surgido do consenso das partes envolvidas. Entende também que uma vez instituído um poder político efetivo, e ficando evidente a igualdade entre os homens, deve esse poder reconhecê-la e instituí-la de fato. E acaso se prove que os homens são desiguais, ainda assim, a igualdade deve ser estabelecida por um princípio de necessidade política, sem a qual, a sociedade tende a continuar perpetuando intermináveis conflitos de interesse.

Percebe-se assim claramente o salto em relação à concepção normativa de justiça elaborada na antiguidade por Platão e por Aristóteles. Mesmo admitindo que, a igualdade absoluta, é um dos elementos caracterizadores do estado de natureza por ele tão criticado e combatido, Hobbes percebe que a igualdade é também uma necessidade política imprescindível para se poder superá-la.

> "A questão de quem são os melhores não se coloca na condição de mera natureza, na qual (conforme mostramos anteriormente) todos os homens são iguais. A atual desigualdade foi introduzida pelas leis civis. Sei que Aristóteles, no primeiro livro da Política,

[128] "Em tais condições, não há lugar para atividade engenhosa, e seu fruto é incerto: por conseguinte, não há nem cultivo da terra, nem navegação, nem uso dos produtos que podem ser importados por via marítima, nem construções adequadas, nem instrumentos para deslocar e remover coisas que requerem muita força, nem conhecimento da superfície terrestre, nem medida do tempo, nem artes, nem literatura, nem sociedades; e, o que é pior, há o temor contínuo e perigoso de uma morte violenta; e a vida do homem é solitária, mísera, hostil, animalesca e breve." Op. Cit., p. 98.

> apresenta como fundamento da sua doutrina o princípio segundo o qual alguns homens são, por natureza, mais dignos de comandar (e entendia os mais sábios, entre os quais incluía, ele próprio por sua filosofia), e outros, mais aptos a servir (e entendia aqueles que tinham corpos fortes, mas não eram filósofos como ele). Como se senhor e servo tivessem sido introduzidos não pelo consenso dos homens, mas pela diferença de inteligência, o que não apenas é contra a razão, mas também contra a experiência. (...) Se a natureza fez os homens iguais, essa igualdade deve ser reconhecida; ou então, se os fez desiguais, essa igualdade também deve ser reconhecida, uma vez que os homens, considerando-se iguais, não entrarão num estado de paz a não ser em iguais condições."[129]

Ora, este estado de natureza, caracterizado pela ausência de um poder superior a todos os indivíduos, capaz de fazê-los respeitar uma norma em comum, marcado pela luta permanente de uns contra os outros, se enquadra perfeitamente na moldura de uma sociedade feudal da qual a burguesia tentava se livrar.

E para escapar deste estado de permanente insegurança, Hobbes recorre a uma figura elementar, simbólica, da nova classe em ascensão: o contrato. Este representa a manifestação livre e soberana da vontade individual, que conscientemente se obriga perante outros, em prol de um interesse comum.

Segundo Hobbes, através do contrato social, os homens buscam renunciar à liberdade absoluta de que dispõe no estado de natureza, que por sua vez, gera como contrapartida, um estado de insegurança (também absoluta) ante o medo de uma morte violenta. E em troca, esperam receber segurança do Estado "*Leviatã*". Este novo "Estado de segurança" tornar-se-ia possível em função de uma nova categoria jurídico-política, potencializada pelo contrato: a soberania popular.

Neste sentido Hobbes afirmará que a vontade do povo é a única fonte legítima do poder político. Tal atitude implicou em uma ruptura com as doutrinas então vigentes que reconheciam uma fonte divina como origem da soberania dos reis. Ao deslocar o fundamento de legitimidade da ação política para o povo, para as massas, Hobbes enfraquece a ascendência do Papado sobre um poder que agora já se insinua como secular. Ao mesmo tempo em

[129] Op. Cit., p. 118.

que eleva essas massas à condição de participantes ativos do jogo político – ainda que em uma condição de mero coadjuvante dos reis e, sobretudo, da burguesia que logo se assumirá como o seu legítimo representante, a vanguarda do "terceiro Estado". Nessa condição, como fonte do poder soberano, as massas se convertem em verdadeiro "Poder constituinte".

No entanto, na concepção de Hobbes, esse Poder constituinte, titular da soberania popular, teria uma intervenção limitada, quase instantânea – porque na verdade simbólica, uma mera convenção jurídica. O Poder constituinte de Hobbes se reúne apenas para expressar solenemente a sua submissão a um órgão que ele idealmente constitui: o soberano. A ação Constituinte converte-se então em um "pacto de submissão" – que por sua vez não reconhece cidadãos, mas súditos.

A evidência demonstra ser Hobbes um teórico da burguesia, mas também é evidente que não se trata de um liberal – até porque as condições histórico-concretas do seu tempo não o permitiriam. No contrato social hobbesiano, temos na livre manifestação da vontade, através do contrato, o elemento constituinte do poder político, a sua fonte última de legitimação: a soberania popular. Mas esta, voltamos a frisar, se expressa apenas *ab inicio*, visto que uma vez constituída, ela é alienada para a concretização do poder do soberano, em caráter irrevogável, intransferível, ilimitado e absoluto. Por isso o contrato social hobbesiano consiste em um "pacto de submissão" dos súditos em relação ao soberano. Detendo este um poder acima de todos os indivíduos, possui o soberano (seja ele um rei, uma assembléia, ou uma república democrática) os meios políticos e coativos necessários para elaborar a lei e impor esta sobre toda a sociedade, constituindo uma dada "segurança jurídica".

A lei será expressão da vontade do poder soberano. E é por meio dela que a teoria normativa da justiça recoloca o tema da igualdade, agora transformando em princípio jurídico-normativo, o "princípio da isonomia". Como foi dito a pouco, Hobbes sacrifica a liberdade no altar do Estado *Leviatã*, mas se apóia na igualdade. Igualdade formal, expressa pela equiparação de "todos" perante a lei. Uma primeira impressão, porém, pode nos dar a idéia de que o instituto alcança um perímetro que, de fato, ele não cobre.

Isto porque, o que ele garante, é simplesmente que a lei ao normar uma determinada conduta, ou prever uma determinada conseqüência, em relação a

um ato ou negócio jurídico, não pode tratar indivíduos de uma mesma classe de modo discriminatório, negando a uns o que concede a outros; ou impondo um ônus a uma parte enquanto ignora outra. Mas não impede que o ordenamento classifique os indivíduos em classes diversas, atribuindo um rol de direitos específicos a cada uma – como, por exemplo, regulando o trabalho dos funcionários públicos com um regime jurídico mais vantajoso do que aquele com o qual regula o labor dos trabalhadores do setor privado – ainda que todos sejam cidadãos brasileiros, igualmente trabalhadores.

Não há dúvida de que a concepção de lei formulada por Hobbes implicou um avanço dos mais significativos em termos de equiparação jurídica, que possibilitou uma sensível melhora no âmbito da desigualdade material. Mas a igualdade formal garantida pelo princípio da isonomia não concede à norma jurídica um campo de aplicação universal. E em relação ao ordenamento jurídico de perfil corporativista do final da idade média, a grande mudança aconteceu apenas no plano das fontes normativas, com a eliminação (ou drástica restrição) do princípio do "pluralismo jurídico" e a consolidação do "monismo jurídico"[130] – que elege o Estado, através do Poder Legislativo, como fonte única e suprema de todo o ordenamento jurídico.

E apenas com base nesta lei, e na capacidade prática do soberano para fazê-la cumprir (efetividade do ordenamento jurídico), é que pode se estabelecer à propriedade privada, e garantir o cumprimento dos contratos – *pacta sunt servanda*. Para Hobbes, não existiria propriedade privada no estado de natureza, visto que, neste, predomina a lei da força, e enquanto tal, ninguém é proprietário de nada, sendo no máximo, mero possuidor. Isto perdura até que alguém, pela violência ou destreza, lhe arranque esta posse. Para Hobbes, a propriedade privada só pode surgir com o Estado-Leviatã.

> "Antes que os nomes de justo e injusto possam encontrar lugar, deve haver algum poder coercitivo para obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, com o terror de punições maiores do que os benefícios a que se propõe com o rompimento dos mesmos pactos, e para tornar válida aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo para compensar sua renúncia ao direito universal. Tal poder não existe antes da instituição do Estado. Isso também pode ser

[130] WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

> deduzido a partir da definição de justiça comumente dada nas escolas, pois dizem que a justiça é a vontade constante de dar a cada um o que é seu. Por isso, não existe seu, ou seja, onde não existe propriedade não existe injustiça; e não existe propriedade onde não existir um poder coercitivo instituído, ou seja, onde não existir Estado, nada é injusto, pois [nesse caso] todos os homens têm direito a todas as coisas: portanto, onde não existe Estado, nada é injusto. De modo que a natureza da justiça consiste em respeitar pactos válidos, mas a validade dos pactos só tem princípio com a constituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a mantê-los; e é então que a propriedade também tem um princípio."[131]

Por isso, para ele, a propriedade não pode ser nem absoluta, nem um direito natural, mas um privilégio outorgado pelo Estado aos indivíduos em razão do seu labor e de sua lealdade. Se não é absoluta, nem um direito natural, mas simples privilégio outorgado pelo soberano poderá este, por razões de Estado em relação às quais apenas ele pode decidir, dispor da propriedade individual como bem quiser, expropriando-a em prol do que entender ser o bem comum.

> "A distribuição dos materiais de nutrição é a constituição *do meu*, *do teu* e *do seu*. Isto é, numa palavra, da propriedade. E em todas as espécies de Estado é da competência do poder soberano. Porque onde não há Estado, conforme já se mostrou, há uma guerra perpétua de cada homem contra seu vizinho, na qual, portanto, cada coisa é de quem a apanha e conserva pela força, o que não é propriedade nem comunidade, mas incerteza. O que é a tal ponto evidente que até Cícero (um apaixonado defensor da liberdade), numa arenga pública, atribuiu toda propriedade às leis civis: 'Se as leis civis', disse ele, 'alguma vez forem abandonadas, ou negligentemente conservadas (para não dizer oprimidas), não haverá nada mais que alguém possa estar certo de receber dos antepassados, ou deixar a seus filhos'. Visto, portanto, que a introdução da propriedade é um efeito do Estado, que nada pode fazer a não ser por intermédio da pessoa que o representa, ela só pode ser um ato do soberano, e consiste em leis que só podem ser feitas por quem tiver o poder soberano. Bem sabiam os antigos, que chamavam *Nómos* (quer dizer, distribuição) ao que nós chamamos lei, e definiam a justiça como a distribuição a cada um do que é seu".[132]

Gostaríamos de reafirmar que o Estado absolutista apregoado por Hobbes, só pode defender os interesses gerais da burguesia se contar com

---

[131] HOBBES, Thomas. **O Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Editora Matin Claret, 2002, p. 111

uma ampla margem de manobra, que lhe permita acomodar os interesses contrariados da nobreza e do clero quando da formação do Estado nacional, dispondo o soberano pessoalmente da riqueza social, em função das conveniências ditadas pela realidade. No Estado nacional absolutista, o rei funciona como uma espécie de arbitro, que só poderá realizar a contento sua missão, garantindo a justiça e a prosperidade social, se o seu poder, estiver acima de todos os demais, e a sua vontade, for obedecida como a vontade geral. Podemos notar aqui, alguma semelhança com o modelo platônico, igualdade no interior de cada parte, equilíbrio no âmbito do todo. O rei deve garantir o equilíbrio entre corpos sociais relativamente autônomos, e só consegue fazê-lo em razão da centralização legislativa e político-administrativa. E neste sentido, no interior do Estado nacional absolutista, o direito privado expresso pela capacidade para contratar e pela propriedade privada, subordinam-se por completo aos interesses e conveniências ditadas pelo direito público, expresso pela vontade pessoal do soberano.

O pensamento político de Hobbes colocou também em discussão o tema do direito de rebelião – a possibilidade do povo exercer um direito de resistência contra uma situação caracterizada pelo uso opressivo do poder pelo soberano. Tal possibilidade é cabalmente rejeitada por ilegítima, afinal, o pacto de submissão firmado através do contrato é inquebrantável. Se assim não o fosse, raciocina Hobbes, o soberano não teria condições materiais para enfrentar interesses poderosos pautados em privilégios. Os que tivessem os seus interesses contrariados poderiam manipular o povo, disseminando a infâmia e a calúnia, enfraquecendo a natureza absoluta do poder soberano, e após levar a sociedade à revolta e a sedição, entregá-la novamente às trevas da anarquia do estado de natureza.

> "Quanto ao outro argumento, aquele da obtenção da soberania com a rebelião, é manifesto que essa tentativa é contra a razão, seja porque, mesmo quando [da rebelião] resultar o acontecimento [esperado], este não é o que se pode razoavelmente esperar, mas sim o contrário, seja porque, a partir desse modo de conquistar a soberania, outros aprendem a conquistá-la da mesma maneira. Portanto, a justiça, ou seja, a manutenção dos pactos, é um preceito da [mesma] razão que

[132] Op. Cit., p. 184-185.

> nos proíbe de fazer qualquer coisa que lese nossa vida e, por conseguinte, é uma lei natural."[133]

A oposição de Hobbes ao direito de rebelião não implica na rejeição de qualquer forma de direito de resistência. Admite o exercício desse direito em âmbito individual, na forma de "legítima defesa". Se o estado falhar em garantir a segurança do súdito diante de um criminoso, este não está obrigado a se deixar abater, sendo legítimo defender-se de forma proporcional da agressão iminente.

Nestes termos, queremos afirmar que Hobbes representa um novo estágio no âmbito da filosofia política no ocidente, fixou os conceitos fundamentais que balizarão a evolução do contratualismo nos três séculos que se seguiram à sua obra, e elaborou os rudimentos de uma teoria normativa da justiça como igualdade formal (*isonomia*).

2.2 - A igualdade humana perante a faculdade da razão como fundamento para a igualdade jurídico-formal em Locke

> "Deus, que deu o mundo aos homens, também lhes deu **a razão** para que a utilizassem para maior proveito da vida e da própria conveniência."
>
> (Locke)[134]

Diferentemente de Hobbes, cujo pensamento é expressão dos interesses de uma burguesia cuja meta principal se contenta com uma maior liberdade de comércio, estando disposta, para a obtenção desse objetivo, a ocupar uma posição secundária em relação ao poder político – entregue em caráter absoluto ao monarca soberano -, Locke, representou os interesses dessa mesma classe em um contexto histórico subseqüente.

Foi ele o grande responsável por uma ambiciosa tentativa, empreendida tanto no campo das idéias quanto no da ação política (foi um dos articuladores da Revolução Gloriosa de 1688 na Inglaterra), para se fixar um conjunto de elementos críticos em relação ao Estado absolutista. Este parecia já ter

[133] Op. Cit., p. 113-114.

cumprido o seu papel, depois de servir aos interesses de uma burguesia mercantil em luta contra a jurisdição fragmentada dos *Landlords*, dos senhores da terra, no âmbito de um moribundo modo de produção feudal. No entanto, uma vez concluída a transição para um Estado centralizado, sujeito a uma única jurisdição nacional, passou a burguesia liberal a pautar-se por uma nova juridicidade, fundamentada na mais ampla liberdade de comércio e, sobretudo, no poder de constituir normas jurídicas com base exclusivamente na chamada "autonomia da privada".

Assim como Hobbes, sua reflexão também partiu do "estado de natureza", colocando-se assim como ele, no campo da filosofia política contratualista e do "jusnaturalismo". No entanto, diferentemente de Hobbes, concebe o estado de natureza, não como um momento hipotético do homem pré-social e pré-político, mas como um "estado de fato", pelo qual já passaram ou ainda viveriam algumas sociedades – como as populações indígenas das colônias norte-americanas.

> "O estado de natureza era, segundo Locke, uma situação real e historicamente determinada pela qual passara, ainda que em épocas diversas, a maior parte da humanidade e na qual se encontravam ainda alguns povos, como as tribos norte-americanas."[135]

No entanto, diferentemente de Hobbes, para Locke, o estado de natureza possui uma configuração "positiva". Como afirmamos a pouco, o estado de natureza em Hobbes se caracteriza como um verdadeiro "estado de guerra", uma guerra civil permanente, na qual, os homens se tornam "lobos", uns em relação aos outros. No entanto, John Locke, sob forte influência do pensamento de viés empirista elaborado na Inglaterra, dentre outros, por Francis Bacon e Robert Boyle, não consegue constatar esse estado de permanente belicosidade entre os chamados "selvagens". Não que não houvesse conflitos e guerras entre indivíduos, grupos ou tribos, mas tal ocorrência se dava em um nível muito menor do que aquele que se observava entre os tais "civilizados". Neste sentido, a única constatação possível, com

---

[134] **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

[135] ALMEIDA MELLO, Leonel Itaussu. **John Locke e o individualismo liberal**. In Os Clássicos da Política (vol. 1). Wefort, Francisco C. (org.) São Paulo: Editora Ática, 1995, p. 84.

base em um raciocínio comparativo, era a de que, os nativos, encontrar-se-iam em um estágio tecnologicamente inferior em relação, por exemplo, aos europeus.

Mas disso não se conclui necessariamente a sua predisposição para o mútuo aniquilamento. Neste ponto, Locke estabelece com grande perspicácia a diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra, ao definir o primeiro, como ausência de um juiz comum com autoridade sobre todos os homens, o que autorizaria cada um a ser juiz em causa própria; e ao definir o segundo, pela utilização da força sem o direito sobre a pessoa de um homem, de sua liberdade ou de seus bens – independentemente de existir ou não um juiz comum.

> "E nisto temos a clara diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra, que, muito embora certas pessoas tenham confundido [Hobbes], estão tão distantes um do outro como um estado de paz, de boa vontade, assistência mútua e preservação está de um estado de inimizade, malícia, violência e destruição mútua. Quando os homens vivem juntos, conforme a razão, sem um superior comum na terra que possua autoridade para julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza. Todavia, a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum sobre a terra para quem apelar, constitui o estado de guerra, e é a falta de tal apelo que dá ao homem o direito de guerra mesmo contra um agressor, embora esteja em sociedade e seja igualmente súdito. Assim a um ladrão, a quem não posso fazer mal senão apelando para a lei por ter-me roubado tudo quanto possuo, posso matar quando ataca-me para roubar tão só o cavalo ou o casaco; porque a lei, feita para minha preservação, quando não pode interpor-se para garantir-me a vida contra a força atual, vida que, se perdida, não é suscetível de reparação, permite-me a defesa própria e o direito de guerra, a liberdade de matar o agressor, visto como este não dá tempo para que apele ao juiz comum, nem à decisão da lei, para remediar em um caso em que o mal seja irreparável. A falta de juiz comum com autoridade coloca todos os homens em um estado de guerra não só quando há como quando não há um juiz comum."[136]

Mas não era só isso. A observação empírica dos nativos da América deixava claro que, além de não se encontrarem em permanente estado de guerra, em seu estado de natureza eles viviam livremente, sem opressão ou tirania. E não obstante não fossem dados a grandes ambições,

[136] LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 223.

nada parecia existir no sentido de impedir-lhes a posse de bens úteis e necessários à sua sobrevivência e deleite. E se era certo que, encontravam-se atrasados em relação aos "civilizados", também parecia que dispunham de engenho, criatividade e tudo o mais que costumamos caracterizar pelo uso diligente da própria inteligência. Em suma, era indiscutível que também eles, eram racionais – característica que, se estava presente até entre os ditos selvagens, é porque deveria ser uma faculdade inata do homem. Daí porque – segundo Locke – eles respeitam a vida, a liberdade e os bens dos demais, porque tal disposição se encontra de conformidade com a natureza e com a razão. Então, no estado de natureza, nascemos livres na medida em que nascemos racionais. Os homens seriam iguais, independentes e governados pela razão. A igualdade e a independência dos homens seriam assim um direito natural apoiado e garantido pela faculdade (universal) da razão. Diferentemente de Hobbes, a igualdade é concebida no pensamento de Locke a partir com base em uma questão de direito (natural), e não de fato (ausência de um poder supremo que limite a vontade individual). E para concluir – no que mais tarde lhe faria eco Rousseau -, constata que no estado de natureza os homens nasciam "naturalmente bons" na medida em que nasciam racionais. A racionalidade induziria os homens a respeitar os direitos naturais dos demais para que estes respeitassem os seus.

> "O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que tão-só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses. (...) e sendo todos providos de faculdades iguais, compartilhando uma comunidade de natureza, não há possibilidade de supor-se qualquer subordinação entre os homens que nos autorize a destruir a outrem, como se fôssemos feitos para uso uns dos outros como as ordens inferiores de criaturas são para nós. Qualquer pessoa, da mesma sorte que está na obrigação de preservar-se, não lhe sendo dado abandonar intencionalmente a sua posição, assim também, por igual razão, quando a própria preservação não está em jogo, tem de preservar, tanto quanto puder o resto da humanidade, não podendo, a menos que seja para castigar um ofensor, tirar ou prejudicar a vida, ou o que tende à preservação da vida, a liberdade, a saúde, os membros ou os bens de outrem."[137]

[137] Op. Cit., p. 218.

E se Locke deriva do estado de natureza um homem independente e livre, reconhece nesse, a razão, como uma propriedade universal. Derivando, portanto, dela a "igualdade" como um direito natural, é partir dessa mesma igualdade que ela irá reconhecer outro direito como natural – peremptoriamente negado por Hobbes no âmbito do estado de natureza. Em sua opinião, o mais importante de todos, visto que, o único efetivamente universalizável sem nenhuma forma de restrição: a propriedade privada.

Para Hobbes não há propriedade privada no estado de natureza, porque não há ninguém que possa garanti-la, havendo no máximo, "posse", provisória e precária, que subsistiria apenas até que alguém, mais forte, malicioso ou determinado, dela se aproprie. Para ele, a propriedade, só podendo surgir com o Estado *Leviatã*, estava a ele vinculado, de forma que, não se admitia sua existência como direito natural, era ela concebida como simples "privilégio" outorgado pelo soberano. E este, assim como consentiu ao súdito a propriedade (adquirida, pois, em sentido secundário), poderia o soberano, ao seu exclusivo arbítrio, revogá-la, suprimi-la ou confiscá-la como qualquer outro privilégio.

Ora, Locke rejeita a concepção segundo a qual a fonte de fato e de direito da propriedade seja o poder do soberano. Afinal, para ele, dentre os direitos naturais, cuja legitimidade seria evidente por si mesma, o mais importante seria a propriedade. Esta, no contexto da ética protestante professada por Locke, encontra o seu fundamento no trabalho. Sendo naturalmente possuidor do seu corpo, o homem agrega através dele valor às coisas (como a terra, inicialmente propriedade comum), enriquecendo-a, trazendo benefícios para si e para os demais. Este potencial para agregar valor pelo trabalho ao que a providência deu em comum a todos os homens seria o fundamento (de fato e de direito) que legitima toda e qualquer forma de propriedade privada. É o trabalho que faculta ao indivíduo o "direito" para apartar para si, algo que, inicialmente, a todos pertencia.

> "Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa: a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos pode

> dizer-se, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire do estado que a natureza lhe forneceu e no qual o deixou, fica-lhe misturado ao próprio trabalho, juntando-se algo que lhe pertence, e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. Retirando-o do estado comum em que a natureza o colocou, anexou-lhe por esse trabalho algo que o exclui do direito comum de outros homens. Desde que esse trabalho é propriedade exclusiva do trabalhador, nenhum outro homem, pode ter direito ao que se juntou, pelo menos quando houver bastante e igualmente de boa qualidade em comum para terceiros."[138]

Ao estabelecer o fundamento de toda propriedade no trabalho, Locke a reconhece não apenas como um direito natural, mas como o primeiro direito efetivamente universal – na medida em todo homem, possuindo saúde para dispor das faculdades naturais que seu corpo propicia, pode em razão dele tornar-se proprietário por seu arbítrio exclusivo. Isto que dizer que a força simbólica (ideológica) excepcional adquirida pelo direito de propriedade deveu-se à sua capacidade para associar-se à idéia de "igualdade material".

Afinal, o trabalho servia exatamente para se produzir bens materiais. Garantindo-se o direito de propriedade (que só algum tempo depois se percebeu que não significava direito à propriedade), obteve-se uma ampla aceitação em torno da sua justeza. E de fato, quando comparado com o mundo estamental do medievo, e até mesmo, com a sociedade aristocrática dos séculos XVI e XVII, a ordem liberal-individualista garantia um novo, e significativo avanço, no plano das garantias jurídico-normativas para a ampliação da igualdade (aqui admitida em seu sentido "material") no âmbito das sociedades que inicialmente as adotaram. Essa natureza universalista (formalmente igualitária), demonstrada por Locke com tanta clareza e simplicidade, foi determinante para guindar a propriedade ao núcleo normativo de uma plêiade de direitos que passarão a ser denominados por "fundamentais".

A idéia de "fundamentalidade" será expressão de uma metamorfose que já se anunciará quando a teoria normativa desenvolvida por Hobbes desbancou o pluralismo jurídico em detrimento do monismo estatal. O Estado só poderia exercer a sua ambição monopolista, no âmbito normativo, se conferisse supremacia hierárquica às leis regularmente editadas (escritas, revogatórias do

[138] Op. Cit., p. 227-228.

direito consuetudinário) pelo Estado através do Poder Legislativo. O predomínio da lei escrita requeria a positivação dos preceitos que condensavam no plano jurídico os interesses da burguesia e da sociedade liberal-individualista que começava a se consolidar. E, ao positivá-los, era preciso conferir a eles supremacia sobre outros preceitos da ordem jurídico-positiva. Daí a necessidade de inseri-los em uma norma de hierarquia superior a todas as demais, uma norma fundamental. Por isso ela deriva de uma fonte política que marca o próprio surgimento da sociedade enquanto tal, enquanto sociedade civil ou política. O direito de propriedade deveria ser o mais importante (fundamental) dos direitos assegurados no “contrato social”.

O conceito de contrato social de Locke é substancialmente distinto daquele formulado por Hobbes. Neste, o contrato social se expressa na forma de um “pacto de submissão”. A soberania se constitui e se transfere em caráter absoluto e irrevogável de um só momento. Neste sentido, a principal função do contrato social hobbesiano é tornar o poder do soberano livre de qualquer limitação. Poder ilimitado. Os súditos se obrigam a jamais questionar ou pedir justificação aos atos do soberano. Sua supremacia invencível era justificada em nome da segurança e da igualdade. Para Locke, a segurança que naquele momento contava era a “segurança jurídica”. E contrariando Hobbes, o seu contrato social buscava exatamente a limitação do poder do soberano, a contenção de sua ação e de toda a intervenção administrativa do Estado aos limites da lei fixada pelo Parlamento (“princípio da legalidade”). Locke, por seu turno, quer o fim do absolutismo. O seu contrato social, reduz drasticamente os poderes do soberano sobre os indivíduos, convertendo-se em uma barreira de proteção contra a intervenção do Estado nos negócios privados.

Locke atua sobre um contexto histórico muito distinto daquele em que Hobbes operava. A sociedade feudal e o poder dos *Landlord’s* que o atemorizaram tanto, com o pressagio da fragmentação política e da anarquia, mataforicamente retratada no seu estado de natureza, já são coisa do passado. O poder econômico da burguesia estava consolidado. A grande secessão religiosa que dividiu e levou à guerra civil a Europa por quase cento e cinqüenta anos (1500-1648) arrefecera significativamente desde a Paz de Westfália. O que interessava agora à burguesia era a conquista do Poder político e a transformação do Estado, dando a ele condições efetivas para

garantir o direito de propriedade e o cumprimento dos contratos no âmbito interno. E a capacidade estratégica para garantir a expansão dos negócios no plano externo, o controle do mercado mundial que acabou por propiciar as condições necessárias para promover uma acumulação primitiva de capitais que, ao final, viabilizou a revolução gloriosa de 1688, e a partir dela, o início do processo de industrialização que tornaria o Reino Unido um Império mundial.

Nesse sentido, tendo em vista a consolidação dos interesses dessa nascente sociedade liberal-individualista, Locke começa por afirmar que o pacto que constitui o Estado soberano se dá entre indivíduos, e não entre estes e o soberano como defende Hobbes. A justificação para a formação do "contrato" se dá basicamente em razão da expansão numérica do gênero humano e do desenvolvimento de uma economia monetária que possibilitou aos indivíduos acumular mais do que podiam utilmente consumir, desencadeando uma cultura de ambição e cobiça, que gerou profunda inquietação e desconfiança entre os membros da comunidade natural.[139] Então, para se protegerem deles próprios, e para protegê-los do Estado – que no contexto da filosofia hobbesiana não reconhecia à propriedade como um direito substancial, associando-o a um simples privilégio -, decidiram, através do "contrato", constituir a sociedade política (Estado).

> "Se o homem no estado de natureza é tão livre, conforme dissemos, se é senhor absoluto da sua própria pessoa e posses, igual ao maior e a ninguém sujeito, por que abriria ele mão dessa liberdade, por que abandonará o seu império e sujeitar-se-á ao domínio e controle de qualquer outro poder? Ao que é obvio responder que, embora no estado de natureza tenha tal direito, a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente exposta à invasão de terceiros porque, sendo todos reis tanto quanto ele, todos iguais a ele, e na maioria pouco observadores da eqüidade e da justiça, a fruição da propriedade que possui nesse estado é muito insegura, muito

[139] "Se a propriedade era instituída pelo trabalho, este, por sua vez, impunha limitações à propriedade. Inicialmente, quando 'todo mundo era como a América', o limite da propriedade era fixado pela capacidade de trabalho do ser humano. Depois, o aparecimento do dinheiro alterou essa situação, possibilitando a troca de coisas úteis, mas perecíveis, por algo duradouro (ouro e prata), convencionalmente aceito pelos homens. Com o dinheiro surgiu o comércio e também uma nova forma de aquisição da propriedade, que, além do trabalho, poderia ser adquirida pela compra. O uso da moeda levou, finalmente, à concentração da riqueza e à distribuição desigual dos bens entre os homens. Esse foi para Locke, o processo que determinou a passagem da propriedade limitada, baseada no trabalho, à propriedade ilimitada, fundada na acumulação possibilitada pelo advento do dinheiro." ALMEIDA MELLO, Leonel Itaussu. **John Locke e o individualismo liberal**. In Os Clássicos da Política (vol. 1). Francisco Weffort (org.). São Paulo: Editora Ática, 1995, p. 85.

> arriscada. Essas circunstâncias obrigam-no a abandonar esta condição que, embora livre, está cheia de temores e perigos constantes; e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a mútua conservação da vida, da liberdade, e dos bens a que chamo de "propriedade". O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade."[140]

No contrato lockeano, a principal obrigação política, assumida entre indivíduos, e não entre esses e o soberano - voltamos a ressaltar - é com o "princípio majoritário".[141] Rejeita-se, portanto, a idéia de "consentimento unânime". De qualquer maneira, novamente, temos a introdução de um princípio normativo que promete satisfazer, ou pelo ao menos reforçar, a percepção de uma ampliação igualitária no campo político, por força da sugestão do princípio do um homem, um voto. Ao mesmo tempo em que, previne o sistema político contra a paralisia, eventualmente decorrente de um consenso difícil no campo parlamentar, e nas demais instituições (órgãos colegiados da administração pública, composição colegiada dos tribunais, etc.), por meio das quais o poder estatal exerce as suas competências. No entanto, esse avanço igualitário no âmbito político deve ser relativizado em face da defesa lockeana do voto censitário.

Por outro lado, recorrendo à velha formulação platônica, já retomada e reformulada por Aristóteles e pelo próprio Hobbes, do equilíbrio entre classes, corpos autônomos, enfim, poderes sociais, Locke propõe uma nova estrutura institucional para o Estado, na qual os poderes estatais ou as competências do poder político devem ser autônomas e independentes entre si. Sua concepção será mais adiante recuperada por Montesquieu, que popularizará a idéia de "separação dos Poderes".

Parece-nos importante frisar que a obra mais importante de Locke – Segundo Tratado sobre o Governo Civil – foi publicada pouco mais de um ano após a vitória da Revolução Gloriosa. Tratou-se então, em boa parte, de uma

---

[140] LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 264.

[141] "Quando qualquer número de homens consentiu desse modo em constituir uma comunidade ou governo, ficam, de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos. (...) E assim todo homem, concordando com outros em formar um corpo político sob um governo, assume a obrigação para com todos os membros dessa sociedade de se submeter à

justificação *ex post facto* do movimento que depôs Jaime II e levou Guilherme de Orange ao trono – com a transferência simultânea de todo o poder político para o Parlamento. Por isso, Locke não tinha como não retrucar Hobbes em torno do tema do "direito de resistência" ou "rebelião". Sua posição é afirmativa[142] reconhecendo ao povo, o direito de resistir a todo exercício ilegítimo, ofensivo à propriedade, instituidor de tratamento desigual e injusto entre os cidadãos (não mais súditos), tirânico ou opressor, proceda ele do Príncipe ou de um invasor estrangeiro.

Segundo Locke, a ausência de uma lei estabelecida, de um juiz imparcial e de força coercitiva para impor a execução das sentenças, colocaria os indivíduos singulares em estado de guerra, uns contra os outros. Por isso, através do contrato social eles instituíram o Estado, que marca a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil, constituída por um corpo político único, dotado de legislação, de judicatura e da força concentrada da comunidade.

Como já afirmamos a pouco, diferentemente de Hobbes, o contrato social de Locke não advoga um "pacto de submissão" por meio do qual se constitui e se transfere ao soberano um poder absoluto. Ao contrário, o objetivo do contrato, a partir do qual o Estado é criado, encontrando nele toda a sua legitimidade assentada no consentimento (dos cidadãos), é exatamente a limitação do seu próprio poder para que desta forma, ele não venha a estabelecer impedimentos à liberdade dos indivíduos. Estes, só consentiram na instituição do Estado na medida em que este fosse útil para consolidar e preservar ainda mais os direitos que já possuíam no estado de natureza.

É neste sentido que se pode dizer que para Locke, o direito público é artificial, criado pelos homens para defender os seus bens e a sua autonomia contratual – estes sim, direitos naturais e anteriores à própria fundação da comunidade política - devendo os mesmos ser por ela reconhecidos e preservados. A violação destes postulados – ingerência estatal indevida na

---

resolução da maioria conforme esta assentar; se assim não fosse, esse pacto, se aquele indivíduo ficasse livre e sob nenhum outro vínculo senão aquele em que se achava no estado de natureza." Op. Cit., p. 253.

[142] "Quem quer que use a força sem direito, como o faz todo aquele que deixa de lado a lei, coloca-se em estado de guerra com aqueles contra os quais assim emprega; e nesse estado cancelam-se todos os vínculos, cessam todos os outros direitos, e qualquer um tem o direito de defender-se e de resistir ao agressor. É tão evidente que o próprio Barclay, grande defensor do poder e consagração dos reis, vê-se forçado, a confessar ser legítimo ao povo, em certos casos, resistir ao rei." Op. Cit., p. 307.

ordem privada da sociedade – propiciaria ao povo o direito (também ele natural) de resistência ou rebelião, pelo qual se tornaria legítimo o recurso às armas para a garantia dos bens e da liberdade individual.

Com Locke, portanto, teremos o delineamento no campo da filosofia da separação entre direito público (estabelecido a partir do contrato social, e voltado para a constituição e delimitação do poder estatal) e o direito privado (um direito natural, fundado na liberdade e na razão, o qual caberia ao Estado reconhecer e tutelar, evitando qualquer tipo de ingerência indevida).

Com Locke, o pensamento de matriz liberal e individualista chegou à sua maturidade, justificando o fim da aliança histórica entre o rei e a burguesia, como se deu na Inglaterra através da revolução gloriosa de 1688.

Como reconhecem a maioria dos estudiosos, tal concepção será a principal fonte de justificação para as grandes revoluções burguesas que se seguiram – sobretudo a norte-americana (1776) e a francesa (1789). Sua defesa apaixonada do direito de todo cidadão portar armas foi recepcionado pela Constituição dos EUA de 1787, estando até hoje agasalhada no interior de sua ordem jurídica como um direito fundamental.

> "Segundo Locke, a doutrina da legitimidade da resistência ao exercício ilegal do poder reconhece ao povo, quando este não tem outro recurso ou a quem apelar para sua proteção, o direito de recorrer à força para a deposição do governo rebelde. O direito do povo à resistência é legítimo tanto para defender-se da opressão de um governo tirânico como libertar-se do domínio de uma nação estrangeira. A doutrina do direito de resistência não era recente e sua origem remontava às guerras de religião, quando os escritores políticos calvinistas, denominados *monarcomaci*, conclamavam o povo a resistir aos atos ilegais dos príncipes católicos. Resgatada e revalorizada por Locke no Segundo Tratado, a doutrina do direito de resistência transformou-se no fermento das revoluções liberais que eclodiram depois na Europa e na América."[143]

Em razão de sua doutrina do contrato social como limitação jurídico-política do poder do soberano, como fundamento da separação dos poderes, da instituição do princípio majoritário, e da eleição de um conjunto de "direitos fundamentais" em torno da tutela da vida, liberdade e propriedade, constituiu-

[143] ALMEIDA MELLO, Leonel Itaussu. **John Locke e o individualismo liberal**. In Os Clássicos da Política (vol. 1). Wefort, Francisco C. (org.) São Paulo: Editora Ática, 1995, p. 88.

se na mais representativa justificação daquilo que viria a ser conhecido pouco depois como “constitucionalismo”. No entanto, ao aprofundar os elementos inicialmente desenvolvidos por Hobbes em torno de uma concepção meramente formal da igualdade (isonomia) transformou em dogma o princípio da autonomia privada e da propriedade privada, equiparando juridicamente os materialmente desiguais, criando as condições necessárias para a expansão generalizada do trabalho assalariado que conduziu à revolução industrial. E com o avanço da industrialização, a desigualdade material conheceu uma dimensão até então inédita, com o processo de acumulação de capital criando um enorme fosso entre proprietários e não-proprietários dos meios de produção. A exacerbação da desigualdade no âmbito dessa nascente sociedade industrial, acabou por inspirar a reflexão crítica em relação aos excessos do liberal-individualismo, no campo da própria filosofia contratualista, que passou a exigir a submissão do princípio da liberdade (de mercado) ao princípio da igualdade (material). Nesse itinerário, a força da filosofia contratualista se deslocou da Grã-Bretanha para o continente europeu, mais especificamente, para a França de Jean-Jaques Rousseau.

2.3 - A crítica de Rousseau à concepção jurídico-formal do princípio igualdade em Locke e a defesa de sua concepção material

> “Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença de idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles.” (Rousseau)[144]

[144] **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 31.

Sob certo aspecto, podemos afirmar que a evolução da filosofia política contratualista acompanhou a progressão histórica de uma classe social determinada: a burguesia. Com isso não se pretende afirmar que o contratualismo tenha se constituído em uma espécie de pensamento burguês oficial, já que outras escolas de pensamento também disputaram à consciência e buscaram pautar a iniciativa política burguesa ao longo dos últimos quinhentos anos. No entanto, há no contratualismo uma peculiaridade em relação a outras manifestações de pensamento congêneres: uma tentativa de se combinar individualismo com alguma forma de igualitarismo no âmbito de uma teoria normativa da justiça.

Rousseau não fugiu a essa regra. Não obstante represente ele a face mais radical da filosofia contratualista na elaboração de uma concepção jurídico-política igualitária, cujo pensamento influenciou profundamente os socialistas do século XIX, permaneceu nos limites do individualismo, não ultrapassando as fronteiras rumo a uma formulação coletivista, ao estilo dos socialistas utópicos e de Marx - mesmo quando propôs a abolição da propriedade privada.

Também chama à atenção a maneira como ele irriga o seu racionalismo, um dos faróis do iluminismo setecentista, com rasgos fulgurantes de romantismo, tornando explícita a tensão entre razão e emoção que influenciaria o debate cultural no ocidente por mais de um século após a sua morte.

Antes de mais nada, Rousseau procurou um ajuste, um acerto de contas com o pensamento contratualista até ali elaborado, e que então, havia assumido ares de uma versão oficial sobre a evolução do homem em sociedade e dos seus fundamentos. Começa criticando as concepções em torno do “estado de natureza”, demonstrando a maneira pela qual os autores que o precederam, serviram-se desse ardil. Não para de fato investigar as condições históricas a partir das quais emergiu o gênero humano em seu aspecto propriamente gregário ou social, mas como uma ficção, através da qual, procuraram projetar neste estado de natureza as concepções políticas e ideológicas que lhes interessavam consolidar no seu presente, transformando em “causa”, o que não passava de “conseqüência”.[145]

[145] “Os filósofos que examinaram os fundamentos da sociedade sentiram a necessidade de remontar até ao estado de natureza, mas nenhum deles aí chegou. Uns vacilaram em supor no homem desse estado a

Nesse sentido, Rousseau buscou refutar, nominalmente ou por meio de finas ironias (como quando se refere a John Locke como “um filósofo ilustre”), inúmeros aspectos atribuídos aos homens em estado de natureza por seus antecessores. A começar pela idéia de que este homem encontrava-se em permanente estado de perplexidade diante de uma natureza ameaçadora, em relação à qual, ele não disporia dos meios necessários para com ela se apaziguar e dela retirar os bens imprescindíveis ao seu sustento. Acreditava inclusive que, seria na natureza, que os homens encontrariam os modelos e parâmetros pelos quais ele reduz a sua própria vulnerabilidade inicial.

> “Hobbes pretende que o homem é naturalmente intrépido e não procura senão atacar e combater. Um filósofo ilustre pensa, ao contrário, e Cumberland e Pufendorf também o afirmam, que nada é tão tímido como o homem em estado de natureza, sempre trêmulo e prestes a fugir ao menor ruído que o impressione, ao menor movimento que perceba. Pode ser assim em relação aos objetos que não conhece; e não duvido que ele não se impressione com todos os espetáculos que se lhe ofereçam, todas as vezes que não pode distinguir o bem do mal físico que deve esperar, nem comparar suas forças com os perigos que deve correr, circunstâncias raras no estado de natureza, em que todas as coisas marcham de maneira tão uniforme, e em que a face da terra não está sujeita a essas mudanças bruscas e contínuas que causam as paixões e a inconstância dos povos reunidos. Mas, o homem selvagem, vivendo disperso entre os animais e encontrando-se desde cedo na contingência de se medir com eles, estabelece logo a comparação; e sentindo que os supera mais em agilidade do que eles o superam em força, aprende a não os temer.”[146]

Diferentemente de Hobbes que concebe o estado de natureza como algo puramente hipotético, mirando, sobretudo, na situação de guerra civil que em algumas regiões da Europa marcaram o colapso do modo de produção feudal, Rousseau parte – assim como Locke – de uma situação que supõe históricamente determinável, e pela qual alguns povos ainda transitam. No entanto, parece municiado por um conhecimento mais aprofundado do que

---

noção do justo e do injusto, sem se inquietar de mostrar que ele devia ter essa noção, nem mesmo que ela lhe fosse útil. Outros falaram do direito natural que cada qual tem de conservar o que lhe pertence, sem explicar o que entendiam por pertencer. Outros, dando primeiro ao mais forte autoridade sobre o mais fraco, fizeram logo nascer o governo, sem pensar no tempo que se devia ter escoado antes que o sentido das palavras autoridade e governo pudesse existir entre os homens. Enfim, todos, falando sem cessar de necessidade, de avidez, de opressão, de desejos e de orgulho, transportaram ao estado de natureza idéias que tomaram na sociedade: falavam do homem selvagem e pintavam o homem civil.” Op. Cit., p. 32.

[146] Op. Cit., p. 37.

aquele de que dispunha Locke acerca dos “selvagens do novo mundo”. Ficou fascinado com a força física, disposição e saúde que segundo os relatos dos naturalistas de que dispunha, apontavam para um homem vigoroso pelo contato diuturno com a natureza, hábil em seu meio ambiente, estando a ele perfeitamente adaptado.[147] Tomando como referência, dentre outros, os caraíbas da Venezuela, não consegue neles enxergar o “lobo” descrito por Hobbes, não encontra neles também aquele estado de guerra permanente, de insegurança e de vulnerabilidade, de pânico diante da possibilidade de uma morte violenta. Mas, ao contrário, percebe uma comunidade hábil no trato dos recursos que a natureza lhe disponibilizou e vivendo em perfeita harmonia uns com os outros.

Nesse ponto, então, Rousseau inicia uma comparação entre o homem (selvagem) que vive no estado de natureza e aquele que, como ele, vivia organizado por uma sociedade civil. E aí, não apenas reconhece a ausência no primeiro de uma série de males e inconvenientes manifestos no segundo, como também, conclui ser ele (o homem em sociedade) o grande responsável pela degradação e degenerescência do homem natural, que aos poucos, vai perdendo essa condição de ingenuidade primitiva, que o caracteriza como um “bom selvagem”. A vida em sociedade, ao introduzir toda uma série de vícios (como a bebida alcoólica) e toda uma série de comodidades, vai despindo o homem de sua força natural, tornando-o preguiçoso e efeminado, privando-o de sua coragem e resistência, e assim, criando as condições necessárias para aprisioná-lo em um estado de escravidão. O bom selvagem tem assim o seu corpo e o seu espírito corrompido pela vida em sociedade, e o que é pior, depois de a ela se acostumar, não seria mais possível fazer o percurso ao contrário. O estado de natureza corresponderia assim a um estado de inocência que, uma vez perdido, jamais poderia ser reencontrado.

> “O mesmo acontece com o homem: tornando-se sociável e escravo, torna-se fraco, medroso, submisso; e sua maneira de viver mole e efeminada acaba por debilitar, ao mesmo tempo, a

[147] “Eis sem dúvida, as razões por que os negros e os selvagens fazem tão pouco caso dos animais ferozes que podem encontrar nas selvas. Os caraíbas da Venezuela, vivem, entre outros, a esse respeito, na mais profunda segurança e sem o menor inconveniente. Embora quase nus, diz Fraçois Corréal, não deixam de se expor com ousadia nos bosques, armados somente de flecha e arco; mas, nunca se ouviu dizer que algum deles fosse devorado pelas feras.” Op. Cit., p. 38.

> sua força e sua coragem. Acrescentemos que, entre a condição selvagem e a doméstica, a diferença de homem para homem deve ser maior ainda que de animal para animal: porque, tendo o animal e o homem sido tratados igualmente pela natureza, todas as comodidades que o homem se proporciona mais do que aos animais por ele amansados são outras tantas causas particulares que o fazem degenerar mais sensivelmente."[148]

Definidos esses marcos, sobretudo a linha que separa a concepção de Rousseau daquela professada por Hobbes acerca do estado de natureza, resta agora uma tarefa mais sutil: a distinção entre as visões de Rousseau e Locke acerca da igualdade no estado de natureza.

Locke a concebe a partir de um critério formal: no estado de natureza, os homens nascem iguais (e bons...) na medida em que nascem racionais. Sendo a razão igualmente distribuída entre todos no estado de natureza, todos os indivíduos possuem condições para expressar os seus interesses e negociá-los com os demais, de modo a ajustar a sua vontade individual com outra, respeitando os direitos naturais do outro na expectativa (racional) de que, assim agindo, o outro lhe devesse reciprocidade. Esse aliás é, para Locke, o pressuposto de legitimidade do próprio contrato social, firmado entre iguais, na medida em que todos os que a ele aquiesceram são dotados de idêntica racionalidade. Ou seja, para Locke a racionalidade é inata ao homem. Não se trata, é bom que se diga da existência de "idéias inatas" como supuseram Platão e Descartes - criticado inclusive no âmbito do empirismo lockeano, para o qual, no momento do nascimento, o homem seria destituído de idéias, como uma "tábula rasa" ou uma "lousa vazia". Mas, tratar-se-ia de uma faculdade universal e necessária de raciocínio e de expressão. Tal entendimento, constitui o fundamento jurídico lockeano para a afirmação do princípio da autonomia privada, através do qual os indivíduos formulam normas jurídicas (contratos) por meio das quais regulam sua própria liberdade.

Rousseau questiona essa visão segundo a qual tanto a sociabilidade quanto a racionalidade seriam imanentes ao homem. Adota uma visão claramente evolucionista, derivando do entrelaçamento progressivo dos indivíduos, constituindo pequenas comunidades, interagindo inicialmente em um nível bastante furtivo e precário, para, aos poucos, transitarem para graus

[148] Op. Cit., p. 40.

mais intensos de convivência, para assim, desenvolverem o que chamamos de racionalidade. Esta não seria inata ao homem, não teria surgido de chofre. Isto porque, para que surgisse a racionalidade, teve o homem antes que desenvolver a "linguagem". Sem o desenvolvimento de uma estrutura lingüistica minimamente estruturada não há possibilidade de manifestação daquilo que definimos por racionalidade, pois esta, só pode se construir intersubjetivamente, por meio de um mútuo entendimento entre os homens.

> "Que progresso poderia fazer o gênero humano esparso nas florestas, entre os animais? E até que ponto poderiam aperfeiçoar-se e esclarecer-se mutuamente homens que, não tendo domicílio fixo, nem nenhuma necessidade um do outro, se encontrariam, talvez, apenas duas vezes na vida, sem se conhecerem e sem se falarem? Que se pense de quantas idéias somos devedores ao uso da palavra; quanto à gramática exerce e facilita as operações do espírito; e que se pense nas penas inconcebíveis e no tempo infinito que teve de custar à primeira invenção das línguas; que se juntem essas reflexões às precedentes, e então se julgará quantos milhares de séculos foram precisos para desenvolver sucessivamente no espírito humano as operações de que é capaz."[149]

No entanto, se parece bastante plausível fixar-se o surgimento da linguagem como base antropológica a partir da qual se deu o desenvolvimento da racionalidade – uma faculdade dessa como já reconhecia Parmênides -, restava a partir daí uma outra pergunta: o que teria propiciado por sua vez o desenvolvimento da linguagem? Não sendo inata, teria ela surgido espontaneamente, por acaso? Seria o resultado da convivência fraterna entre homens e mulheres, pais e filhos, enfim, da família? Teria se desenvolvido com a própria sociedade – mas seria possível imaginar-se o surgimento da sociedade sem o desenvolvimento anterior da linguagem que aproxima e torna crível a convivência entre os homens? Rousseau se entrega a uma cuidadosa investigação acerca de todos os elementos que marcaram a emergência da linguagem entre a espécie humana, refutando várias atribuições até então correntes como explicação plausível para a emergência desse fenômeno.

> "Que me seja permitido considerar, por um instante, os embaraços da origem das línguas. Poderia contentar-me em

[149] Op. Cit., p. 45.

> citar ou repetir aqui as pesquisas que o Sr. Abade de Condillac fez sobre essa matéria, as quais confirmam plenamente o meu sentimento e talvez me tenham dado a respeito a primeira idéia. Mas, a maneira pela qual esse filósofo resolve as dificuldades que cria para si mesmo sobre a origem dos sinais instituídos, mostrando que supôs o que proponho, a saber, uma espécie de sociedade já estabelecida entre os inventores da linguagem, creio, voltando às suas reflexões, dever acrescentar as minhas, para expor as mesmas dificuldades no dia que convier ao meu tema. A primeira que se apresenta é imaginar como puderam tornar-se necessárias; porque, não tendo os homens nenhuma correspondência entre si, nem nenhuma necessidade de a ter, não se concebe nem a necessidade dessa invenção, nem a sua possibilidade, sem não fosse indispensável. Direi bem, como muitos outros, que as línguas nasceram da convivência doméstica dos pais, das mães e dos filhos; mas, além disso não resolver as objeções, seria cometer o erro dos que, raciocinando sobre o estado de natureza, para ai transportam as idéias tomadas na sociedade, vêem sempre a família reunida em uma mesma habitação e a seus membros guardando entre si uma união tão íntima e tão permanente como entre nós, onde tantos interesses comuns se reúnem; ao passo que, nesse estado primitivo, não tendo casas, nem cabanas, nem propriedades de nenhuma espécie, cada qual se alojava ao acaso e muitas vezes por uma só noite; os machos e as fêmeas se uniam fortuitamente, conforme o encontro, a ocasião e do desejo, sem que a palavra fosse intérprete muito necessário das coisas que se deviam dizer: e se abandonavam com a mesma facilidade."[150]

É nesse ponto que Rousseau vai buscar na "necessidade" a origem da linguagem. Necessidade de sobrevivência, que aos poucos foi empurrando os homens para algumas modalidades de cooperação, para uma insipiente divisão do trabalho. Seja em atividades ligadas à coleta de alimentos, mas, sobretudo, na caça de animais ferozes, foi se desenvolvendo e se aperfeiçoando a capacidade humana para se comunicar. Quanto mais clara e estruturada a linguagem, mais eficiente se tornava a busca pela sobrevivência com base na cooperação entre os homens. E quanto mais a cooperação deixava claro as suas vantagens, maior o estímulo para o aperfeiçoamento do código lingüistico, cujo ponto culminante em sua evolução se dará a partir do desenvolvimento das primeiras formas de representação escrita. Foi exatamente este o ponto que tanto chamou a atenção quase um século depois de Marx: na base de toda

[150] Op. Cit., p. 45-46.

sociabilidade humana encontra-se o trabalho. Foi para aperfeiçoá-lo que se deu o desenvolvimento da linguagem, que por sua vez, levou à racionalidade.

Ao descrever tal itinerário, Rousseau aponta outra falácia do pensamento lockeano: a propriedade privada como direito natural. Voltando aos selvagens, percebe que eles, sendo dotados de linguagem e de racionalidade, não estando sujeitos ao intenso processo de corrupção que acompanha o dito homem civilizado, tinham em sua raiz, como elemento distintivo fundamental em relação aos civilizados, a inexistência da propriedade privada.

Portanto, no interior do estado de natureza, o que determinaria a igualdade dos homens entre si, seria a inexistência de propriedade privada em detrimento da posse em comum dos meios necessários à sobrevivência do grupo ou comunidade natural. O trabalho não poderia existir como propriedade privada do indivíduo, por ser expressão natural de sua disposição física (a ele pertencendo tudo o que desse labor resultava). Pelo simples fato de que, no interior do gênero humano, o trabalho possui uma dimensão eminentemente social e coletiva, existindo para suprir as necessidades do todo, e não em benefício da parte – já que ninguém pode produzir sozinho tudo de que necessita.

O surgimento da propriedade privada foi então derivado de um ato de violência, de arbitrariedade, que por motivos incompreensíveis foi aceito pelo conjunto da comunidade. E foi este ato de violência que, na opinião de Rousseau, marcou a passagem do estado de natureza para a sociedade civil. A partir desse ponto, o processo de corrupção do homem em sociedade e as desigualdades de toda espécie só se fizeram ampliar. E a desigualdade, por sua vez, instaurou um estado de guerra permanente entre os homens, de luta de todos contra todos. Ou seja, todas as características negativas que Hobbes havia atribuído ao homem no estado de natureza, Rousseau os encontra exatamente na sociedade civil instaurada sob o primado da propriedade privada.

> “O primeiro que, depois de cercar um terreno, pensou em afirmar isto é meu e encontrou pessoas bastante ingênuas para acreditar nele foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos delitos, quantas guerras, quantas matanças, quantas

> misérias e quantos horrores teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: 'Não deis ouvidos a esse impostor. Se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém, estareis perdidos.' Mas é muito provável que então as coisas já tivessem chegado ao ponto de não poder continuar do modo como eram; com efeito, essa idéia de propriedade dependendo de muitas idéias anteriores, que só puderam nascer com o passar do tempo, não se formou repentinamente no espírito humano: foi necessário fazer muitos progressos, adquirir muita habilidade e muitas cognições, transmiti-las e enriquecê-las de geração em geração, antes de alcançar esse último estágio do estado natural."[151]

Segundo Rousseau, a introdução da propriedade privada gerou um estado de entropia que rapidamente quebrou o equilíbrio e a harmonia que havia caracterizado o estado de natureza. A cobiça e a ambição geraram uma situação de conflito permanente, na qual tanto o forte quanto o fraco, o rico e o pobre, permaneciam em profunda insegurança.[152] Afastado o postulado da propriedade comum fundamentada na cooperação e na solidariedade, só restava, agora, o ataque como melhor instrumento de defesa.

Foi nesse contexto que se forjou aquilo que para Rousseau constituiu o maior embuste de toda a história humana: o Estado. Assim como Hobbes, Rousseau o identifica como um ser artificial. Mas diferentemente deste, não o enxerga como uma entidade suprema, que paira acima dos interesses particulares, com o intuito de estabelecer-se o bem comum. Trata-se de um instrumento de dominação e controle instituído pelos poderosos, o qual, contando com o beneplácito da grande massa de dominados, será utilizado contra os seus interesses, impondo-os de forma permanente, a miséria e a escravidão. Segundo Rousseau, por meio do Estado, os ricos transformam os seus maiores adversários nos seus defensores. Ao aceitarem o Estado civil e a proeminência do direito positivo, os miseráveis abriram mão exatamente

---

[151] Op. Cit., p. 61.

[152] "Desse modo, uma vez que os mais poderosos ou os mais miseráveis consideravam a sua força ou as suas necessidades como uma espécie de direito aos bens alheios, direito esse equivalente, segundo eles, ao direito de propriedade, a ruptura da igualdade foi seguida pela mais espantosa desordem; assim, as usurpações dos ricos, o banditismo dos pobres, as paixões desenfreadas de todos, sufocando a piedade natural e a voz ainda fraca da justiça, tornaram os homens avaros, ambiciosos e maus. Entre o direito do mais forte e aquele do primeiro ocupante elevou-se um perpétuo conflito que sempre acabava em duelos e massacres. A sociedade nascente deu lugar ao mais horrível estado de guerra. O gênero humano, humilhado e desolado, não podendo mais voltar atrás e renunciar às infelizes conquistas que havia feito e agindo apenas, para sua vergonha, mediante o abuso das capacidades que o enobrecem, impulsionou-se sozinho para a beira da ruína" Op. Cit., p. 71-72.

daquilo que, em última instância, constituía a fonte primeira do seu direito de resistência, em troca de uma concórdia falaciosa. Rousseau não ataca propriamente os motivos que levaram os homens a aceitarem as supostas vantagens de uma associação política (que ao final, ele próprio entenderá necessária), mas a inexperiência que impediu os homens de se precaverem contra os seus perigos. O Estado civil erigiu-se assim como o centro de toda a opressão política e verdadeiro bastião da desigualdade entre os homens.

> "Sem razões válidas para justificar-se e sem forças suficientes para defender-se; capaz de massacrar habilmente um indivíduo, mas ele próprio massacrado por tropas de bandidos; sozinho contra todos, não podendo unir-se, devido aos ciúmes mútuos, com seus pares contra inimigos unidos pela esperança do saque comum, o rico perseguido pela necessidade, acabou concebendo o projeto mais sagaz que jamais ocorreu à mente humana: o de usar em vantagem própria as forças que o atacavam, de fazer dos próprios adversários seus defensores, de inspirar-lhes outras máximas e dar-lhes outras instituições que lhes fossem tão favoráveis quanto o direito natural lhe era contrário. (...) Devemos unir-nos, disse, para salvaguardar os fracos da opressão, frear os ambiciosos e garantir a cada um a posse do que lhe pertence; devemos estabelecer ordenamentos de justiça e de paz, aos quais todos, sem exceção, têm de se adequar, e que protejam, de algum modo, os caprichosos da fortuna, submetendo sem distinção o poderoso e o fraco a deveres recíprocos. (...) Todos correram ao encontro dos grilhões, convencidos de que estariam assegurando sua liberdade; de fato, tinham discernimento suficiente para perceber as vantagens de uma constituição política, mas não experiência suficiente para prever seus perigos; os mais capazes de intuir antecipadamente os abusos eram justamente aqueles que pensavam em aproveitar-se deles, e até os sábios perceberam que era preciso decidir sacrificar uma parte da sua liberdade para a conservação de outra, como um ferido que deixa que cortem seu braço para salvar o resto do corpo. É ao menos provável que essa tenha sido a origem da sociedade e das leis, que aos pobres causou novos obstáculos e aos ricos novas forças, destruindo sem remédio a liberdade natural, estabelecendo para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, fazendo de uma sagaz usurpação um direito irrevogável e sujeitando, para a vantagem de poucos ambiciosos, todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria."[153]

Nas entrelinhas desse discurso, podemos perceber a crítica à concepção lockeana do contrato social como apresentada no tópico anterior.

[153] Op. Cit., p. 72,73,74.

Locke atribuiu legitimidade ao contrato na medida em que este resultava de um acordo de vontade entre homens que são iguais na medida em que são racionais. Mas na linha de raciocínio desenvolvida por Rousseau não poderia haver igualdade entre um latifundiário e um agregado com base apenas na racionalidade de ambos, ou entre um industrial e seu operário, etc. A igualdade formal já elaborada na obra de Hobbes (princípio da isonomia) não poderia ser suficiente para compensar uma desigualdade material, produzida com base na instituição da propriedade privada. Ao contrário, a igualdade formal só seria expressão do assentimento livre e racional dos indivíduos se este se desse sem os constrangimentos provocados pela diferença de riqueza entre os homens.

Nesse sentido, Rousseau procurou formular as condições em que seria possível o estabelecimento de um contrato social legítimo. Este foi o objetivo principal de sua obra O Contrato Social. Logo nas suas primeiras linhas, afirma Rousseau: “O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros. De tal modo acredita-se o senhor dos outros, que não deixa de ser mais escravo que ele. Como é feita essa mudança? Ignoro-o. Que é que a torna legítima? Creio poder resolver esta questão.”[154] Percebe-se que o objetivo não é legitimar a desigualdade e o estado de opressão que caracterizou até então a passagem do estado natural ao Estado civil, mas criar as condições para o surgimento de um novo Estado.

A partir desse ponto, a questão principal passa a ser o conceito de “vontade geral”. Esta resulta por sua vez, de um contrato legitimado pela igualdade material dos signatários. Segundo Rousseau, é preciso que cada indivíduo se convença da necessidade de alienar completamente a sua propriedade privada em prol de uma propriedade comum, para dessa forma, adquirir o direito de participar da vontade geral que comandará toda a nação. A vontade geral resulta de um corpo de indivíduos que, sendo materialmente iguais, estão em condições de expressar de forma efetiva a sua vontade perante o coletivo, de modo que, ao final, a vontade desse, será também a sua – visto que participou livremente em igualdade de condições para a sua formação. Sendo assim, ao submeter-se à vontade geral, agora, transformada

[154] ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O Contrato Social**. São Paulo: Cultrix, 1995, p. 21-22.

em poder soberano, o indivíduo estará se submetendo à sua própria consciência, realizando de forma efetiva a sua liberdade – idéia que mais tarde será recuperada e aperfeiçoada por Kant. A vontade geral constitui a soberania, que diferentemente do que pensava Hobbes, será inalienável, intransferível e irrenunciável – admitindo-se apenas a representação, o seu exercício a título provisório, por tempo certo, pelos procuradores ou representantes do povo (mandatários), sem se confundir "soberania" com "representação".

> "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum à pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça senão a si próprio, e permaneça tão livre como anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social. As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; de sorte que, conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes, em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou. Todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros."[155]

Percebe-se aqui claramente o rasgo individualista que mantém Rousseau atado ao cerne do pensamento burguês e a forte influência romântica em seu pensamento. Diferentemente de Marx, a supressão da propriedade privada não se daria por uma ação coletiva de natureza revolucionária, mas por um ato individual de vontade baseado na razão. Mesmo os mais ricos aquiesceriam em ceder tudo o que possuem, na medida em que, se tornariam co-proprietários da riqueza geral. Ao final, nos diz Rousseau, ninguém teria menos do que inicialmente possuía.[156] Tal postura,

---

[155] Op. Cit. P. 30.

[156] "Enfim, cada qual, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre quem não se adquira o mesmo direito que lhe foi cedido, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e maior força para conservar o que se tem. Portanto, se afastarmos do pacto social o que não constitui a sua essência, acharemos que ele se reduz aos seguintes termos: cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo. Ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação

será mais tarde criticada por muitos socialistas como ingênua, no entanto, trata-se de um desenvolvimento bastante razoável do grande projeto iluminista que então atingia o seu apogeu.

Vivendo no entorno de uma França pré-revolucionária, sentindo os efeitos políticos desestabilizadores de um processo social marcado pelo crescimento progressivo das desigualdades, Rousseau não apenas admite o direito de rebelião contra a opressão, mas o compreende como uma espécie de conseqüência natural e inevitável dessa. Trata-se, em sua opinião, de um ciclo que se repete ao longo dos tempos, e que só através de um contrato legítimo poderia ser superado.

> "Seguindo o progresso da desigualdade nessas várias revoluções, individuemos sua primeira etapa na fundação da lei e do direito de propriedade; a segunda, na instituição da magistratura; a terceira e última, na transformação do poder legítimo em poder arbitrário, de modo que a condição de rico e de pobre foi autorizada pela primeira época, aquela de poderoso e de fraco pela segunda, e aquela de senhor e de escravo pela terceira, que é o último grau de desigualdade, o termo que acaba sendo produzido por todos os outros, até novas agitações esmigalharem totalmente o governo ou aproximarem-no da instituição legítima."[157]

As idéias de Rousseau, em especial sua crítica à desigualdade entre os homens, constituiu um dos mais importantes fermentos para a Revolução Francesa que eclodiria dez anos após a sua morte. Não foi por outro motivo que, nas barricadas, foi ele eleito como o patrono da Revolução, e muitos, dentre as massas que se dirigiram à Bastilha, levavam nas mãos cópias do Discurso como uma espécie de passaporte para a liberdade política, a igualdade econômica e a fraternidade entre os povos. Por isso, ainda que muito do que foi por ele proposto tenha sido considerado utópico, ingênuo ou impraticável, sua contribuição foi decisiva para a percepção da importância da igualdade – não apenas formal, mas material ou substancial. Para a concretização de um projeto político que fosse capaz de conduzir a humanidade a um grau mais elevado de emancipação em relação à abjeta

---

produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembléia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade." Op. Cit., p. 31.

[157] ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Matin Claret, 2005, p. 82.

condição de assimetria que a acompanha desde os seus primórdios. Ademais, forneceu importantes subsídios para o pensamento socialista e revolucionário que se deslancharia pelo século XIX afora.

2.4 - A igualdade como condição para a liberdade individual no âmbito da autonomia da vontade em Kant

A idéia de igualdade formal perante a lei (princípio da isonomia), apresentada por Hobbes e retomada por Locke, encontrou novos desdobramentos no pensamento de Immanuel Kant. Mais do que um simples aperfeiçoamento, teremos com ele um verdadeiro "salto de qualidade". Isto porque, à dimensão objetiva da norma jurídica formulada pelos dois primeiros representantes da tradição contratualista moderna, Kant introduziu uma nova dimensão, de natureza subjetiva, interna ao próprio sujeito cognoscente, no âmbito daquilo que definiu por "plano da moralidade". Neste sentido, por ser universal, o juízo moral seria acessível a todos os homens, independentemente de sua formação específica ou condição social, constituindo-se em uma "razão prática". Esta, cria as condições necessárias para a transformação dos indivíduos em "legisladores universais", definindo o campo de realização de sua liberdade com base na plausibilidade de se conceder idêntico tratamento a todos os demais seres dotados de razão. No âmbito social, tal igualdade, constituiria o fundamento para o desenvolvimento de toda a vida comunitária, pautada na faculdade dos indivíduos para regularem reciprocamente a esfera de interesses entre eles por meio do princípio da autonomia da vontade. Por último, Kant introduz um elemento que se constitui em limite externo para a ação individual, situado no plano daquilo que ele definiu como o "reino dos fins",[158] e que chamou de "dignidade da pessoa humana". Tal postulado, se

[158] "O conceito de que todo ser racional deve considerar-se autor, em virtude das máximas da sua vontade, de uma legislação universal para que possa, a partir desse ponto de vista, julgar a si mesmo e as suas ações, conduz a um conceito bastante fecundo, que se conectou a esse, ou seja, ao conceito de *reino dos fins*. Por reino entendo a união sistemática de diversos seres racionais mediante leis comuns. Ora, uma vez que as leis determinam os fins com base na sua validade universal, se deixarmos de lado diferenças pessoais dos seres racionais e também todo conteúdo dos seus fins particulares, poderemos

converteu posteriormente, em uma espécie de "meta-princípio", em salvaguarda elementar para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana, por meio do qual, ao recusar qualquer conduta em que a pessoa humana seja tomada como "meio" ou "instrumento" para se atingir qualquer outro fim, estabeleceu-se como um poderoso bastião jurídico e moral para a defesa da igualdade (inclusive material ou substancial) entre os homens.[159]

Kant representa o ponto culminante do pensamento iluminista, e no interior de sua filosofia, o primado da razão encontra a sua defesa mais entusiástica. Em sua luta contra o pensamento moral utilitarista – defendido dentre outros por David Hume – Kant critica a idéia segundo a qual as leis reguladoras do comportamento seriam instrumentais, com respeito aos valores materiais das ações humanas, ou com respeito ao objetivo universal de "felicidade" – eudemonismo aristotélico. Segundo Kant, os valores não poderiam ser associados às inclinações subjetivas – mesmo levando-se em consideração a forma genérica da felicidade. Mas unicamente à razão, que enquanto estrutura imanente, *a priori* e, portanto, faculdade universal de todos os indivíduos, permitiria a estruturação de uma base comum para a articulação do agir de cada um com vistas à garantia da liberdade de todos. Ou seja, para Kant, a idéia de liberdade nasce da capacidade individual (enquanto ser racional) para formalizar os conteúdos necessários para o estabelecimento do

---

conceber uma totalidade de todos os fins (tanto dos seres racionais enquanto fins em si, quanto dos fins próprios que cada um pode estabelecer para si mesmo) em conexão sistemática, ou seja, um reino dos fins possíveis com base nos princípios anteriormente mencionados." KANT. I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In A idéia de justiça de Platão a Rawls. Maffettone, Sebastiano. Veca, Salvatore. (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 219-220.

[159] "Esse princípio da humanidade e de toda natureza racional em geral, enquanto fim em si (que é suprema condição limitadora da liberdade das ações de todo homem), não tem origem empírica; antes de mais nada, pela sua universalidade, porque compreende todos os seres racionais em geral, em relação aos quais nenhuma experiência pode determinar alguma coisa; em segundo lugar, porque nesse princípio a humanidade é concebida não como um fim dos homens (subjetivo), ou seja, como um objeto que nós mesmos elevamos a fim, mas como fim objetivo que, sem levar em conta os fins a que nos propomos, deve constituir, enquanto lei, a condição limitadora suprema de todos os fins subjetivos, por isso, deve derivar da razão pura. Em outras palavras: o fundamento de toda legislação prática se resolve objetivamente na regra e na forma da universalidade que a torna idônea (com base no primeiro princípio) para ser uma lei (nesse caso, uma lei da natureza) e, subjetivamente, no fim; mas , o sujeito de todos os fins é todo ser racional enquanto fim em si mesmo (com base no segundo princípio); disso deriva então o terceiro princípio prático da vontade como condição suprema do seu acordo com a razão prática universal, ou seja, com a idéia do querer de todo ser racional enquanto vontade universalmente legisladora. Com base nesse princípio, rejeitam-se todas as máximas que se mostram incompatíveis com a legislação universal da vontade. Portanto, a vontade não se submete simplesmente à lei, mas sim de modo a ter de ser considerada autolegisladora, e somente sob essa condição está sujeita à lei da qual ela própria é autora." Op. Cit., p. 217-218.

seu agir no mundo, sendo então fixada a partir daquilo que ele denominou por “imperativo categórico”.

> “Os imperativos, como há pouco os apresentamos – ou seja: conformidade das ações à lei, de modo semelhante à ordem natural, e prerrogativa universal dos seres racionais de ser fins em si -, excluíam da sua ordem soberana qualquer intromissão de motivações interessadas, pois categóricas; mas essas eram consideradas tais porque, de outro modo, não teria sido possível explicar o conceito de dever. No entanto, o fato de haver proposições práticas que comandam categoricamente não é demonstrável por si, assim como não é possível que ainda o seja nessa parte; somente uma coisa podia ser feita, ou seja, que a ausência de todo interesse na ação desejada por dever, que distingue o imperativo categórico do imperativo hipotético, fosse esclarecida no próprio imperativo, por meio de algumas determinações nele contidas; é o que acontece nessa terceira formulação do princípio, ou seja, na idéia da vontade de todo ser racional enquanto vontade que institui uma legislação universal.”[160]

Este se expressa (formaliza-se) através da máxima: “conduze-te de tal forma que, o teu agir possa converter-se em lei universal”. Sendo assim, não se valora negativamente a mentira como um mal em si mesmo – visto que, talvez até existam situações específicas em que seja lícito mentir -, mas devido ao fato de que seria impensável a convivência humana se a mentira fosse estabelecida como regra cotidiana de conduta. Diante de um dilema prático então o indivíduo raciocina: a qualquer um, nas condições em que me encontro, seria lícito agir da forma como pretendo, sem prejuízo para os demais?

Neste sentido, a universalidade necessária atribuída ao imperativo categórico, fundamento de todas as escolhas racionalmente decididas pelo indivíduo, parâmetro para o exercício consciente de sua liberdade, deve encontrar, na outra ponta, um indivíduo também racional. Este também, pauta as suas escolhas no imperativo categórico amparado no reino dos fins (em que nenhum indivíduo é considerado como “meio”, mas fim em si mesmo em razão de sua especial dignidade), o que permite aos dois, atingir um plano de igualdade superior àquele inicialmente estabelecido pela idéia puramente formal de igualdade definida pelos primeiros contratualistas. E neste ponto, as

[160] Op. Cit., p. 218.

idéias de igualdade e de liberdade parecem convergir de tal forma que uma se coloca como condição para a outra.

Com isto quer se dizer que para Kant, a liberdade, é um problema pré-político e pré-jurídico situado inicialmente no âmbito do juízo moral – cujo conteúdo, como afirmamos acima, se define racionalmente com base no imperativo categórico. Sendo a liberdade uma aspiração de todos os indivíduos, deve ser por todos eles compreendida a partir dessa base comum posta pela razão. O imperativo categórico consistiria, portanto, na primeira lei instituidora da liberdade humana. E neste sentido, ser livre é agir segundo leis. Sendo assim, para Kant, nos seres racionais, a causa de suas ações seria o seu próprio arbítrio, em oposição ao desejo ou à inclinação que não seriam objeto de escolha. Por isso, define a liberdade em um primeiro momento como ausência de determinações externas do seu comportamento. Seria este um conceito "negativo" de liberdade.

Mas Kant é obrigado a reconhecer que a fundamentação moral da liberdade, lastreada no imperativo categórico, não é suficiente, *per si*, para garantir a sociabilidade humana – sujeita às inflexões desestabilizadoras das paixões e aos mecanismos produtores da desigualdade. Por isto, a sociabilidade requer a instituição de limites externos. Todavia, para que estes limites não entrem em contradição com a liberdade moral (negativa), devem eles ser estabelecidos a partir de leis auto-impostas, que constituiriam assim o conceito "positivo" de liberdade, designando-a então enquanto "autonomia" – a capacidade dos seres racionais de legislarem para si próprios.

> "A vontade é um tipo de causalidade que pertence aos seres vivos enquanto racionais. A liberdade, então, seria a propriedade pela qual essa causalidade pode operar independentemente de determinação por causas externas. Da mesma forma, a necessidade natural é uma propriedade que caracteriza a causalidade de todos os seres não-racionais, ou seja, a propriedade de serem determinados à atividade pela influência de causas externas. A explicação acima da liberdade é negativa, e conseqüentemente infecunda para conhecer sua essência. Mas dela deriva um conceito positivo, que sendo positivo, é mais rico e mais fecundo. (...) Que outra coisa pode ser a autonomia da vontade, então, senão autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para si própria? Contudo, a proposição 'a vontade é, em todas as suas ações, lei para si própria' expressa apenas o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima senão aquela que possa ter-se a si própria como objeto,

> enquanto lei universal. Essa é precisamente a fórmula do imperativo categórico e o princípio da moralidade. Assim, uma vontade livre e uma vontade subordinada a leis morais são uma e a mesma coisa."[161]

A partir desse ponto, Kant inicia a construção da sua doutrina do direito,[162] não do direito positivo, mas de um conceito universal (*a priori*) de direito, que tenha por objeto as relações interpessoais que constituem a sociabilidade humana. Concebe então o direito como o conjunto de leis externamente promulgadas que, assim como a moral estabelece deveres, mas que diferentemente desta, admite para o seu cumprimento o emprego de coerção.

> "A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio de contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola."[163]

Nesses termos, a moral abrangeria o direito, e o fundamento de ambos estaria na autonomia da vontade. Com isto não queria dizer que a lei positiva deveria vincular internamente os sujeitos – ainda que ocasionalmente, as duas esferas, moral e jurídica, pudessem se justapor – visto que, no âmbito moral, os homens seriam responsáveis perante si mesmos; enquanto no âmbito jurídico, seriam responsáveis perante os demais. A liberdade moral seria

---

[161] KANT, I. **Grondwork of the metaphysic of morals**. Trad. do alemão de H. J. Paton (1. ed., 1948). New York: Harper and Row, 1964, p. 446-447. apud. CASTRO ANDRADE, Regis. **Kant: a liberdade, o indivíduo e a república**. In Os Clássicos da Política (vol 02). WEFFORT, Francisco (org.). São Paulo: ed. Ática, 1998, p. 99.

[162] "O que é a doutrina do direito? O conjunto das leis, pelas quais é possível uma legislação externa, chama-se doutrina do direito (*Ius*). Se tal legislação existe realmente, então se têm a doutrina do direito positivo; e aquele que é erudito em direito (*Iurisconsultus*) chama-se jurisperito (*Iurisperitus*) se conhece as leis externas também externamente, ou seja, nas suas aplicações aos casos que podem apresentar-se na experiência, e pode-se então dar-se a esse conhecimento o nome de jurisprudência (*Iurisprudentia*); do contrário, tem-se apenas uma ciência do direito (*Iurisscientia*). A última denominação diz respeito ao conhecimento sistemático da doutrina do direito natural (*Ius naturae*), uma vez que o jurisperito versado nesta última ciência deve fornecer os princípios imutáveis para toda legislação positiva." KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 75.

[163] Op. Cit., p. 77.

conquistada pela superação dos desejos que bloqueiam ou impossibilitam a adequação da conduta individual aos postulados da razão. Em contrapartida, a liberdade jurídica, consistiria simplesmente em não ser impedido externamente de exercer o seu próprio arbítrio.

Sendo assim, a estrutura formal do imperativo categórico poderia ser transposta para o plano das relações jurídicas da seguinte maneira: “conduza-te externamente de tal maneira que, o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”. Surge aqui então, o conceito de “relação jurídica”, enquanto relação externa de um sujeito com o outro. Tal relação envolveria dois sujeitos capazes, responsáveis, e iguais, cujas pretensões sobre um determinado objeto possam ser juridicamente coordenadas.

Nesse âmbito jurídico, não interessa a subjetividade que move cada um dos agentes, visto que, para a constituição válida de um negócio jurídico a pretensão interna de cada um é irrelevante, interessando apenas à vontade que se exterioriza para a sua realização. O que interessa é a correção formal do negócio jurídico, sua conformidade com uma norma universal aplicável a todos, repousando a juridicidade deste negócio exatamente em garantir aos dois contratantes o livre uso dos seus arbítrios. [164]

A organização da sociedade segundo os ditames da justiça e da igualdade repousaria exatamente em se permitir a cada um a liberdade de fazer o que quiser desde que não interfira na liberdade dos demais. Desta maneira, a partir do conceito de relação jurídica, Kant acredita ter reconciliado o sentido negativo (moral) de liberdade com o seu sentido positivo (jurídico). Sendo as normas jurídicas universais, obrigando a todos independentemente de suas peculiaridades pessoais, relativas à posição social ou fortuna, a violação da liberdade de um determinado indivíduo, implicaria em ofensa a todos os demais, sendo por todos coagido a conformar-se à lei e indenizar os danos causados.

---

[164] Trata-se de uma fórmula que conduz as relações sociais – aqui entendidas fundamentalmente enquanto relações entre indivíduos equivalentes que expressam a sua vontade por meio de um contrato – a um grau extremo de abstração, e que no futuro, consistirá em um dos pontos mais expressivos da crítica à concepção liberal-individualista do direito civil.

Assim sendo, Kant acredita ser a coerção inerente ao direito e, portanto, afirma a condição paradoxal de uma liberdade que para existir requer o uso da coerção. Esta, para ser utilizada legitimamente, requereria por sua vez a observação de dois princípios: a) se um certo exercício da liberdade tornar-se um obstáculo à liberdade de outrem, segundo as leis universais, o uso da coerção para opor-se a ele seria justo; b) a coerção seria justa quando exercida com base na vontade geral de um povo unido no âmbito de uma "sociedade civil".

Ao colocar o tema da sociedade civil como pressuposto político para a legitimação do uso coercitivo do direito, Kant se vê obrigado a remontar aos fundamentos jusnaturalistas de sua doutrina e a enfrentar o problema da distinção entre lei natural e lei positiva, e entre direitos inatos e direitos adquiridos. A primeira questão diz respeito às fontes do direito, a segunda por sua vez, diz respeito à sua exigibilidade depender ou não do seu acolhimento na lei positiva.

As leis naturais seriam deduzidas a partir de princípios *a priori*, não requerendo promulgação pública, sendo constitutivas do direito privado; já as leis positivas seriam expressão da vontade do legislador, e uma vez promulgadas, constituiriam o direito público. Com isto, Kant não pretende dissociar os dois campos, visto que, sendo à vontade do legislador, a vontade geral do povo reunido na sociedade civil, mesmo possuindo fontes diferentes, o direito privado e o público possuiriam o mesmo fundamento: a autonomia da vontade, constituindo ambos os campos, partes distintas de um mesmo sistema. Não sendo o direito positivo idêntico ao natural, existiria entre eles um vínculo sistêmico, através do qual o princípio comum da justiça como liberdade pode ser operado.

Nesse ponto, Kant é obrigado a admitir a existência de alguma forma de "sociabilidade natural", derivada da racionalidade humana. Retoma então o velho tema do "estado de natureza". Não o percebe, todavia, como oposto ao estado de sociedade – pois acredita que no estado de natureza pode existir uma sociedade – mas não sociedade civil, compreendida esta como "Estado de direito". Ou seja, a transição do estado de natureza para a sociedade civil se dá a partir do momento em que os homens decidem regular o âmbito externo de

sua liberdade com base em leis que sejam a expressão universal de sua vontade - pautada na defesa de suas respectivas autonomias privadas. A função primordial do direito público seria então garantir a efetividade do direito privado.

> "A suprema divisão do direito (*Natürecht*) não pode ser entre direito natural e direito social, como pensam alguns, mas entre direito natural e direito civil. O primeiro chama-se direito privado; o segundo direito público. O estado de natureza não é oposto ao estado de sociedade, mas à sociedade civil, pois, no estado de natureza, pode haver uma sociedade, mas não uma sociedade civil (a qual assegura a propriedade através do direito público)."[165]

Ao estruturar a sua compreensão acerca do fenômeno jurídico em geral, e da distinção entre direito público e privado, em particular, Kant se coloca dentro da mesma tradição trilhada anteriormente por Hobbes, Locke, e Rousseau, ou seja, no campo da filosofia contratualista – e mais especificamente, alinha-se com Locke no âmbito do liberal-individualismo.

No que diz respeito ao seu entendimento acerca do problema do chamado "estado de natureza", Kant não o concebe como espaço negativo, marcado pela selvageria como o faz Hobbes, mas tampouco como um momento empiricamente observável como Locke. Para Kant, o estado de natureza caracteriza-se por uma "sociabilidade primitiva", no interior da qual a "posse física" e a "posse inteligível" ou "jurídica" (propriedade) encontram-se praticamente indiferenciadas. Nele, os homens não se relacionariam apenas segundo a força de cada um (Hobbes), visto que a racionalidade seria um dado *a priori* do entendimento humano, nem se respeitariam mutuamente por mero desdobramento prático dessa racionalidade (Locke), visto que além de razão, os homens também são constituídos de paixões. Para Kant, o estado de natureza seria basicamente instável, visto que inexistiria em seu interior um juiz com competência para decidir com força de lei as controvérsias sobre direitos em conflito.

---

[165] KANT, I. **The metaphysical elements of justice**. Trad. do alemão de John Ladd (1. ed., 1965). New York: Bobbs Merrill, 1965, p. 242. apud. CASTRO ANDRADE, Regis. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In Os Clássicos da Política (vol 02). WEFFORT, Francisco (org.). São Paulo: ed. Ática, 1998, p. 75.

Por isso, segundo Kant, a transição do estado de natureza para a sociedade civil seria um dever universal e objetivo, e decorreria de uma idéia *a priori* da razão. Tal transição não se fundaria em pressupostos de utilidade, mas em um imperativo moral, por ser o Estado civil a realização da idéia de liberdade e de igualdade (formal) em seu sentido negativo e positivo.

Admitindo Kant uma juridicidade provisória no estado de natureza – aqui claramente concebido como Estado despótico marcado pela heteronomia em contraposição à autonomia da sociedade civil – compreende a sua transformação em Estado civil por intermédio de um "contrato originário" (o equivalente kantiano ao "contrato social" proposto na obras dos autores contratualistas que o antecederam). Este é concebido como idéia *a priori* da razão, visto que, sem a sua suposição, não seria possível imaginar-se um legislador encarregado de zelar pelo bem comum, ou cidadãos que se submetem voluntariamente às leis vigentes, requerendo-se então a admissão deste ato fundante, como pré-requisito para a legitimação do Estado. Percebe-se então que para Kant, o "contrato" não pode ser concebido como um fato histórico empiricamente observável, visto que sua existência não se coloca como pré-condição para a constituição da sociedade – já presente no estado de natureza.

Não constituindo a sociedade, o que se espera do contrato é que ele explique como esta sociedade deve ser. É dessa maneira que o contrato social ou Constituição, sendo expressão livre e soberana da sociedade civil, afirma a liberdade expressa pelo princípio da autonomia da privada - concedendo aos indivíduos a prerrogativa de serem governados por leis por eles elaboradas - como o ponto culminante da racionalidade política. Assente estes fundamentos, a sociedade encontra-se plenamente realizada, reconciliando a liberdade e a igualdade em seus aspectos negativo e positivo. Garantindo-se a autonomia do direito privado frente ao direito público (o segundo como mero garantidor do primeiro), estão postas as balizas jurídicas para o pleno desenvolvimento de uma sociedade fundada abstratamente na troca de equivalentes monetários no âmbito do mercado. Com Kant, os fundamentos jurídicos da sociedade liberal-burguesa, fundada no individualismo de matriz formalista e patrimonialista, atingiu o seu ponto alto em termos de requinte e sofisticação teórico-filosófica.

E não obstante esse seu acentuado grau de formalismo, sua investigação acerca do universalismo do fenômeno moral acabou por se colocar como fundamento para investigações posteriores acerca da plausibilidade de um mútuo entendimento humano. Entendimento em torno das condições necessárias para um processo político igualitário, capaz de se desenvolver, tanto a partir do plano da comunicação intersubjetiva (Habermas), quanto em torno de conceitos universalmente assentes de justiça (Rawls). Por outro lado, sua ignorância acerca das condições materiais em torno das quais se dá a sociabilidade humana (relações sociais de produção), será duramente criticada por Marx, que procurou a partir desse ponto, rever vários dos seus postulados teóricos com base em uma crítica da economia política.

CAPÍTULO 3º: CRÍTICA E RETOMADA DA TRADIÇÃO CONTRATUALISTA.

3.1 - Fundamentos estruturais da produção da desigualdade - crítica à divisão social do trabalho em Marx

> "O direito nunca pode ser mais elevado do que a configuração econômica e o desenvolvimento cultural, por ele condicionado, da sociedade."[166]
>
> (Karl Marx)

Em hipótese alguma poderíamos integrar o pensamento de Karl Marx no âmbito da filosofia contratualista. Afinal de contas, ficou patente ao longo de toda a nossa exposição, a filiação de tal corrente de pensamento à evolução

histórica dos interesses de uma classe social determinada: a burguesia. E Marx, não obstante tenha desde o início reconhecido um papel transitoriamente progressista[167] (e até mesmo relativamente emancipador) a esta classe social, colocou como tarefa fundamental de sua obra, a crítica aos fundamentos políticos e sociais do modo de produção econômico por ela instituído. No entanto, travou um árduo debate (às vezes expresso, noutras implícito) com vários dos seus representantes ao longo de sua obra, o que não o impediu, inclusive, de encontrar em alguns deles (como foi o caso de Rousseau) importantes indicações para o desenvolvimento de suas pesquisas e para a fundamentação de alguns dos seus conceitos mais destacados. E por último, retomando em um nível superior, a velha questão formulada por Aristóteles relativa às duas justiças (Justiça distributiva / Justiça corretiva), inseriu-se ele também no bojo de uma teoria (geral) normativa da justiça como igualdade, por meio da famosa máxima: "cada um segundo suas capacidades; a cada um segundo suas necessidades!" Por isso, entendemos que ao reconstruirmos a evolução da idéia de igualdade (e por pressuposto, a crítica à desigualdade) ao longo do pensamento ocidental, o registro de sua contribuição é absolutamente indispensável.[168]

---

[166] **Crítica ao Programa de Gotha**. In Obras Escolhidas (vol. 02). São Paulo: Alfa-Omega, 1984, p. 214.

[167] "Onde quer que tenha conquistado o Poder, a burguesia calcou aos pés às relações feudais, patriarcais e idílicas. Todos os complexos e variados laços que prendiam o homem feudal a seus superiores naturais ela os despedaçou sem piedade, para só deixar subsistir, de homem para homem, o laço frio do interesse, as duras exigências do pagamento à vista. Afogou os fervores sagrados do êxtase religioso, do entusiasmo cavalheiresco, do sentimentalismo pequeno-burguês nas águas geladas do cálculo egoísta. Fez da dignidade pessoal um simples valor de troca; substitui as numerosas liberdades, conquistadas com tanto esforço, pela única e implacável liberdade de comércio. Em uma palavra, em lugar da exploração velada por ilusões religiosas e políticas, a burguesia colocou uma exploração aberta, cínica, direta e brutal. (...) A burguesia só pode existir com a condição de revolucionar incessantemente os instrumentos de produção, por conseguinte, as relações de produção e, com isso, todas as relações sociais. A conservação inalterada do antigo modo de produção constituía, pelo contrário, a primeira condição de existência de todas as classes industriais anteriores. Essa subversão contínua da produção, esse abalo constante de todo o sistema social, essa agitação permanente e essa falta de segurança distinguem a época burguesa de todas as precedentes. Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com seu cortejo de concepções e de idéias secularmente veneradas; as relações que as substituem tornam-se antiquadas antes de se ossificar. Tudo que era sólido e estável se desmancha no ar. Tudo que era sagrado é profanado, e os homens são obrigados finalmente a encarar com serenidade suas condições de existência e suas relações recíprocas." MARX, Karl. **O Manifesto do Partido Comunista**. In Obras Escolhidas (vol. 01). São Paulo: Alfa Omega, 1984, p. 23-24.

[168] Ao longo deste tópico, não obstante tomemos por referência a obra de Marx em seu conjunto, dois textos possuem uma significação especial: o primeiro deles (*A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*), é na verdade assinado por seu fiel companheiro e mais importante colaborador, Friedrich Engels. No entanto, Engels o elaborou a partir das anotações feitas por Marx em torno do célebre livro de Lewis H. Morgan, intitulado *Ancient Society, or Researches in the lines of Human Progress from Savagery Through Barbarism to Civilization*, publicado em 1877. Neste sentido, por meio deste texto, a dupla (Marx e Engels) abordou uma série de conceitos e temas tratados pelos autores

De início, cabe registrar que Marx e Engels rejeitam de forma peremptória a idéia segundo a qual o surgimento do Estado, aquilo que a maioria dos contratualistas descreveram como passagem do estado de natureza para o Estado civil, se deu por um consenso originário, um contrato social.

Para se contraporem a tal pressuposto, introduzem uma nova perspectiva metodológica representada pelo "materialismo histórico". De acordo com uma concepção materialista, a história deve ser compreendida em função da maneira pela qual os homens vão constituindo certas formas de cooperação (divisão social do trabalho), por meio das quais, buscarão transformar a natureza nos bens materiais indispensáveis para a sua sobrevivência.[169] Esta divisão social do trabalho, por sua vez, estabelecer-se-á de forma contraditória (relações sociais de produção), constituindo entre os diversos agentes sociais inúmeras formas de antagonismos (a começar por aquele estabelecido entre homens e mulheres, até a constituição de classes sociais contrapostas), em cuja evolução histórica se dará surgimento de todo tipo de instrumentos ou mecanismos (tecnologia) por meio dos quais o trabalho humano procura transformar a natureza (forças produtivas). A forma, também contraditória, como se relacionam o conjunto das relações sociais de produção com o desenvolvimento das forças produtivas, constitui um determinado "modo de produção", em torno do qual se desenvolverá o conjunto das instituições por meio das quais se organizará a sociedade, dentre as quais, destaca-se o desenvolvimento dos laços de parentesco (modelos de família) e a própria gestão da vida política social – que em um determinado ponto de sua evolução culminará na formação de suas correspondentes formas de Estado.[170]

---

contratualistas, em particular, e por muitos dos que abordaram o problema da igualdade e/ou a crítica da desigualdade no âmbito social. O segundo texto é a *Crítica ao Programa de Gotha*, no qual Marx discutiu de uma forma mais articulada (ainda que sumariamente) uma série de questões e temas insertos naquilo que ao longo desse trabalho estamos chamando de uma teoria normativa da justiça como igualdade.

[169] "O primeiro pressuposto de toda a existência humana e, portanto, de toda a história, é que os homens devem estar em condições de viver para poder 'fazer história'. Mas, para viver, é preciso antes de tudo comer, beber, ter habitação, vestir-se e algumas coisas mais. O primeiro ato histórico é, portanto, a produção dos meios que permitam a satisfação dessas necessidades, a produção da própria vida material, e de fato, este é um ato histórico, uma condição fundamental de toda a história, que ainda hoje, como há milhares de anos, deve ser cumprido todos os dias e todas as horas, simplesmente para manter os homens vivos." MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Hucitec, 1984, p. 39.

[170] "De acordo com a concepção materialista, o fator decisivo na história é, em última instância, a produção e a reprodução da vida imediata. Mas essa produção e essa reprodução são de dois tipos: de um lado, a reprodução de meios de subsistência, de produtos alimentícios, roupa, habitação, e instrumentos

E cada modo de produção que se coloca ao longo da evolução histórica (escravista, feudal, capitalista) institui um modelo de Estado, que corresponde ao seu modo peculiar de organização das relações sociais de produção e ao grau de desenvolvimento das forças produtivas. De tal maneira que, é a forma e o grau de contradição estabelecido entre estes dois termos, no interior de um dado modo de produção, que criará as condições políticas suficientes para um "salto de qualidade", uma mudança estrutural, por meio de uma revolução política e social – que por sua vez levará a um novo modo de produção.

Portanto, o Estado não resultaria de um consenso primitivo entre o conjunto dos indivíduos que compõe toda a sociedade (natureza universal), mas resulta de um acerto particularista entre os diversos grupos e facções que compõe o novo "bloco histórico"[171] no poder, e do qual estão substancialmente excluídos, os grupos e classes sociais que passarão a ser economicamente explorados no interior do novo modo de produção.

A intensidade e a forma pela qual se dá esse processo de exploração podem até reduzir ou se sofisticar no transcurso histórico, mas até o presente, teriam sido uma constante. Ao invés de um agente comprometido com os interesses do conjunto da sociedade, o Estado seria de fato um instrumento a serviço da dominação de uma classe sobre outra, uma espécie de gestor dos interesses da classe economicamente dominante, procurando utilizar-se dos recursos públicos para criar as chamadas "condições gerais de produção". E se em alguns momentos, o Estado (como nas formulações jurisfilosóficas de John Locke), apresenta-se como garantidor universal da paz e da harmonia social,

---

necessários para tudo isso; de outro lado, a produção do homem próprio, a continuação da espécie (...) Quanto menos desenvolvido é o trabalho, mais restrita é a quantidade dos seus produtos e, por conseqüência, a riqueza da sociedade; com tanto maior força se manifesta a influência dominante dos laços de parentesco sobre o regime social. Contudo, no quadro dessa estrutura da sociedade baseada nos laços de parentesco, a produtividade do trabalho aumenta sem cessar, e , com ela, desenvolvem-se a propriedade privada e as trocas, as diferenças de riqueza, a possibilidade de empregar força de trabalho alheia, e com isso, a base dos antagonismos de classe. Os novos conflitos sociais, que, no transcurso de gerações, procuram adaptar a velha estrutura da sociedade às novas condições, até que, por fim, a incompatibilidade entre estas e aquelas leva a uma revolução completa. A sociedade antiga, baseada nas uniões gentílicas, desagrega-se, em conseqüência do choque das classes sociais recém-formadas; dá lugar a uma nova sociedade organizada em Estado." ENGELS, F. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Global, 1984.

[171] Termo aqui tomado no sentido a ele atribuído por Antonio Gramsci, não podendo o conceito de bloco histórico ser compreendido de modo algum como aliança ou como amálgama informe das mais diversas classes sociais, pois a "hegemonia" que garante a sua coesão corresponde a uma nova visão global do mundo (superestrutural) e apresenta-se como capacidade da classe dirigente em ascensão para assumir o conjunto dos problemas da realidade nacional e indicar-lhes soluções concretas (infra-estruturais). GRAMSCI, A. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

isso não passaria de uma anomalia transitória. Um jogo de cena de alguma liderança carismática, que joga uma classe social contra a outra, apresenta-se como um árbitro, mas no fundo visa garantir os interesses de apenas uma delas – como nas diversas modalidades daquilo que denominou por "bonapartismo".

> "Como o Estado nasceu da necessidade de conter o antagonismo das classes, e como, ao mesmo tempo, nasceu no seio do conflito entre elas, é, por regra geral, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida. Assim, o Estado antigo foi, sobretudo, o Estado dos senhores de escravos para manter os escravos subjugados; o Estado feudal foi o órgão de que se valeu a nobreza para manter a sujeição dos servos e camponeses dependentes; e o moderno Estado representativo é o instrumento de que se serve o capital para explorar o trabalho assalariado. Entretanto, por exceção, há períodos em que as lutas de classe se equilibram de tal modo que o Poder do Estado, como mediador aparente, adquire certa independência momentânea em face das classes. Encontrava-se nesta situação a monarquia absoluta dos séculos XVII e XVIII, que controlava a balança entre a nobreza e os cidadãos; do mesmo modo, o bonapartismo do primeiro império francês, e principalmente do segundo, que jogava com os proletários contra a burguesia e com esta contra aqueles."[172]

Percebe-se então que, no âmbito do materialismo histórico, a evolução da sociedade vê-se permanentemente impelida pelos imperativos estabelecidos pelo plano econômico, engendrando-se a partir dele outras dimensões elementares da vida humana, como a política, a cultura e as próprias formas de organização social. Sendo assim, generalizando a classificação proposta por Morgan para a evolução da sociedade, Engels a subdivide em três períodos (que por sua vez podiam novamente serem classificados em três fases: inferior, média e superior): 1) selvagem – período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para serem utilizados, bem como, as produção de alguns instrumentos rudimentares destinados a facilitar essa apropriação; 2) barbárie – período em que aparecem a criação de gado e a agricultura por meio do trabalho humano; 3) civilização –

[172] ENGELS, F. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Global, 1984, p. 229.

período em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da industria propriamente dita e da arte.

Com base nesse esquema, apropriado pelo pensamento marxista, o estágio "selvagem" corresponde a uma corruptela do "estado de natureza" dos contratualistas. Assim como Locke e Rousseau – e diferentemente de Hobbes - , Marx e Engels o identificam como um estado de certa paz social, de alguma harmonia e equilíbrio. Instigados por Rousseau que apontou a ausência de propriedade privada, como a principal responsável pela natureza positiva do "estado de natureza", Marx e Engels, indicaram algo que, em sua opinião, é ainda anterior, e que só em razão de sua instituição, pode a propriedade privada surgir: a divisão do trabalho. Ocorre que, no estado selvagem apontado por Morgan e adotado por Marx e Engels, a divisão do trabalho já existe, no entanto, seria ela aí apenas "natural", estando presente basicamente na divisão do trabalho entre os sexos, em razão de suas aptidões naturais, mas estava aí ausente qualquer sentido de subordinação ou exploração de um sobre o outro. Esta era a principal característica desse momento inicial da organização humana sobre a terra, um momento pré-estatal, no qual a organização dos grupos humanos radicava-se ainda no âmbito do clã gentílico, sem que tivesse se desenvolvido a família monogâmica e a propriedade privada. Prevalecia então a propriedade comum ou coletiva. Por isso, Marx e Engels denominam esse período pela expressão "comunismo primitivo". Ele é o correlato marxista para o "estado de natureza".[173]

Segundo Marx e Engels, um estado de significativa diferenciação e assimetria entre os indivíduos começará a se instituir a partir da transição do estágio "selvagem" para aquele outro denominado por Morgan por "barbárie".

[173] "A grandeza do regime da *gens* – e também a sua limitação – reside no fato de não caberem nele nem a dominação nem a servidão. Internamente, não existem ainda diferenças entre direitos e deveres; para o índio não existe o problema de saber se é um direito ou um dever tomar parte nos assuntos de interesse social, executar uma vingança de sangue ou aceitar uma compensação (...) A população fica muito dispersa e só é relativamente densa no local de residência da tribo, ao redor do qual se estende vasta região para a caça, à qual se segue à zona neutra de bosques protetores que separam as tribos umas das outras. A divisão do trabalho é absolutamente espontânea: só existe entre os dois sexos. O homem vai à guerra, incumbe-se da caça e da pesca, procura as matérias-primas para a alimentação, produz os instrumentos necessários para a consecução dos seus fins. A mulher cuida da casa, prepara a comida e confecciona as roupas: cozinha, fia e cose. Cada um, é proprietário dos instrumentos que elabora e usa: a mulher é dona dos utensílios caseiros. A economia doméstica é comunista, abrangendo várias e, amiúde, numerosas famílias. O resto é feito e utilizado em comum, é de propriedade comum: a casa, as canoas, as hortas. É aqui e somente aqui que encontraremos a propriedade fruto do trabalho pessoal, que os

No seu interior se daria a primeira grande divisão social do trabalho, a partir do momento em que alguns grupos aprenderam a domesticar o gado. O surgimento de tribos pastoris teria criado uma grande diferenciação entre estas e os demais grupos bárbaros. Passaram essas tribos a produzir víveres em maior quantidade e variedade do que as demais. Derivaram daí a produção de leite, laticínios, carne, peles, lãs, couros, fios e tecidos em uma quantidade cada vez maior na medida em que crescia a disponibilidade de matérias-primas.

Foi este acúmulo que permitiu pela primeira vez a criação de um excedente destinado à troca – superando-se pela primeira vez o ciclo da produção voltada para a mera subsistência. Começou então a consolidar-se a prática mercantil como uma instituição regular. Segundo Marx e Engels, a horticultura, desconhecida dos asiáticos responsáveis pela domesticação dos primeiros animais, teria surgido um pouco mais tarde, na fase média e superior da barbárie, constituindo-se no preâmbulo para o desenvolvimento da agricultura. Na fase superior da barbárie, teríamos presenciado também o surgimento dos primeiros inventos industriais, como o tear, a fundição de minerais e o trabalho com os metais fundidos – o cobre, o estanho e o bronze como resultado da combinação dos dois primeiros.

No entanto, como demonstramos quando da conceituação do materialismo histórico, no início desse tópico, a maior diferenciação na divisão social do trabalho constitui novas assimetrias entre os indivíduos, gerando situações de antagonismo entre os indivíduos e grupos (relações sociais de produção). Estas por sua vez, incrementam novo desenvolvimento das forças produtivas (novos materiais, instrumentos, ferramentas, tecnologias), propiciando-se assim, um aumento da capacidade social para geração de riqueza (produtividade do trabalho) – que por sua vez, desencadeiam novos conflitos pela sua distribuição. Ademais, com o aperfeiçoamento das relações de produção e das forças produtivas, surgem novas disponibilidades, que permitem em princípio, um aumento ainda maior da riqueza produzida, desde que, surjam “novos braços” disponíveis para a sua realização.

---

jurisconsultos e economistas atribuem à sociedade civilizada e que é o último subterfúgio jurídico em que se apóia, hoje, a propriedade capitalista.” Op. Cit., p. 213-214.

Decorre daí uma demanda crescente por novas fontes de trabalho e produção. Estas, já não se encontravam mais disponíveis no âmbito de uma organização gentílica da sociedade. Tal necessidade fez com que os grupos mais desenvolvidos passassem a buscar força de trabalho externa, o que em princípio foi possível por meio da guerra, pelo aprisionamento dos vencidos e sua conseqüente escravização. Em seguida, o escravismo se difundiu de forma ampla pelo conjunto da sociedade. A divisão social do trabalho, que viabilizou um aumento sem precedentes na produção de bens materiais e a criação de excedentes, só se tornaram possível à custa da exploração de um homem por outro homem. Estava criado o mecanismo estrutural de produção da desigualdade entre os homens.

> "O desenvolvimento de todos os ramos da produção – criação de gado, agricultura, ofícios manuais domésticos – tornou a força de trabalho do homem capaz de produzir mais do que o necessário para a sua manutenção. Ao mesmo tempo, aumentou a soma de trabalho diário correspondente a cada membro da gens, da comunidade doméstica ou família isolada. Passou a ser conveniente conseguir mais força de trabalho, o que se logrou através da guerra; os prisioneiros foram transformados em escravos. Dadas as condições históricas gerais de então, a primeira grande divisão social do trabalho, ao aumentar a produtividade deste, e por conseguinte, a riqueza, ao alargar o campo da atividade produtora, tinha que trazer consigo – necessariamente – a escravidão. Da primeira grande divisão social do trabalho nasceu a primeira grande divisão da sociedade em duas classes: senhores e escravos, exploradores e explorados."[174]

Foi também no âmbito desse quadro de exploração a partir de uma dada divisão social do trabalho, que se deu a constituição da família monogâmica sob a tutela do patriarcado. A família monogâmica e patriarcal marcou uma nova forma de divisão do trabalho entre os sexos. Caracterizou-se pela subordinação da condição feminina aos imperativos produtivos e às necessidades de se definir a transmissão da propriedade privada – através da instituição do direito de herança – para alguém que representasse a continuidade do seu proprietário. Em função da nova dinâmica constituída pelo surgimento da propriedade privada, a própria mulher se tornou propriedade masculina. A desigualdade foi introduzida no âmbito mais elementar da

sociabilidade humana. A partir desse ponto, fica evidente que no contexto de um desenvolvimento histórico determinado pela divisão social do trabalho e da acumulação privada da riqueza, a evolução de alguns (senhores, homens), só podia se dar ao custo de um enorme retrocesso para muitos outros (escravos, mulheres). A desigualdade não residia, portanto, em uma lei da natureza, na diferença relativa à força física ou às habilidades pessoais. Ela foi instituída a partir de uma forma específica de organização da produção material da sociedade e de um regime (jurídico) específico de propriedade.[175]

Neste ponto, torna-se imperioso fazer-se uma distinção relativa à concepção de propriedade privada elaborada por Marx e por Engels e aquela já apresentada por nós relativa aos filósofos contratualistas – especialmente por Rousseau. É preciso que fique claro que eles não se referem a qualquer tipo de propriedade privada, pois como já ficou assentado em um trecho a pouco citado, foi exatamente no âmbito do comunismo primitivo o único momento em que os indivíduos de fato se encontravam na condição de proprietários dos objetos e instrumentos que eles próprios produziam e utilizavam para o exercício de suas funções habituais – ainda que o resultado do trabalho de cada um fosse compartilhado pelo conjunto da comunidade. A propriedade privada de bens e objetos pessoais não foi aqui considerada pelo marxismo. Mas sim a propriedade dos meios de produção. Aqueles bens imprescindíveis para a produção de outros bens. A fonte a partir da qual se pode fazer jorrar a riqueza da sociedade. Aqueles instrumentos imprescindíveis para a transformação da natureza nos bens materiais, sem os quais, a sobrevivência do homem se torna impossível, e de cuja utilização, no seio de relações sociais de produção determinadas, o próprio homem se constitui e se transforma.

---

[174] Op. Cit., p. 216-217.

[175] "A monogamia não aparece na história, portanto, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre sexos, ignorado, até então, na pré-história. Num velho texto manuscrito inédito, redigido em 1846 por Marx e por mim, encontro a seguinte frase: 'a primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos.' Hoje posso acrescentar: o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, justamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até os nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verifica à causa da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada, na qual já podemos estudar a natureza das contradições e dos antagonismos que atingem seu pleno desenvolvimento nessa sociedade." Op. Cit., p. 104.

Esses meios de produção, transformados em propriedade privada, variaram ao longo do transcurso histórico, mas a sua natureza permaneceu sempre a mesma: viabilizar por seu intermédio a exploração do trabalho humano sobre a natureza, instituindo a desigualdade na distribuição da riqueza na mesma medida em que acentuava a natureza social da sua produção.

Neste sentido, os meios de produção transformados em propriedade privada, evoluíram do próprio homem (escravo-mercadoria propriedade privada de um senhor), para a terra (no contexto do modo de produção feudal) e por fim para a fábrica, a entidade empresarial. Variam os termos, a intensidade da exploração e o grau da desigualdade, mas na essência, o processo é o mesmo – seu aperfeiçoamento não passaria de um mero "disfarce".[176]

Em seguida, Marx e Engels apontam suas baterias críticas contra o suposto desaparecimento das relações de exploração no contexto do modo de produção capitalista e do trabalho assalariado, em especial contra a suposta condição de igualdade estabelecida pelo Direito burguês em torno do princípio jurídico da isonomia ou da igualdade formal. Neste sentido, o marxismo apontou claramente a insuficiência de uma concepção puramente formal da igualdade, desmascarando sua natureza ideológica que procurava esconder as assimetrias políticas decorrentes da desigualdade material entre os contratantes. Demonstrou o caráter eminentemente opressivo de um contrato de trabalho instituído com base nos parâmetros do pensamento jurídico liberal-individualista, fundado no conceito abstrato de "relação jurídica" e no "princípio da autonomia privada". As presunções jurídicas ignoram a condição de fato existente entre as partes contratantes, e até mesmo, a natureza peculiar de um contrato pelo qual se negocia a "força de trabalho de uma pessoa humana". Esta crítica mostrou-se extremamente pertinente e oportuna, constituindo-se inclusive no ponto de partida através do qual o movimento operário e sindical

[176] "Não se demorou muito a descobrir a grande 'verdade' de que também o homem podia servir de mercadoria, de que a força de trabalho do homem podia chegar a ser objeto de troca e consumo, desde que o homem se transformasse em escravo. Mal os homens tinham descoberto a troca, começaram logo eles próprios a serem trocados. O ativo transformava-se em passivo, independentemente da vontade humana. Com a escravidão, que atingiu o seu mais alto grau de desenvolvimento sob a civilização, veio a primeira grande cisão da sociedade numa classe que explorava e outra que era explorada. Esta cisão, manteve-se através de todo o período civilizado. A escravidão é a primeira forma de exploração, a forma típica da Antigüidade; sucedem-lhe a servidão na Idade Média e o trabalho assalariado nos tempos modernos. São as três formas de avassalamento que caracterizam as três grandes épocas da civilização. A civilização fez-se sempre acompanhar da escravidão – em princípio declarada, depois mais ou menos disfarçada." Op. Cit., p. 233-234.

passou a se bater por uma reformulação jurídica das relações trabalhistas, exigindo a intervenção do Estado na regulamentação dessa forma de relação contratual. Exigiu o reconhecimento daquilo que muito mais tarde passaria a ser denominado por condição de hipossuficiência e vulnerabilidade de uma das partes da relação jurídico-contratual.

> "Essa argumentação – tipicamente jurídica – é exatamente a mesma de que se valem os republicanos radicais burgueses para dissipar os receios dos proletários. Supõe-se que o contrato de trabalho seja livremente celebrado por ambas as partes. Mas considera-se livremente celebrado desde o momento em que a lei estabelece no papel a igualdade de ambas. A força que a diferença de situação de classe dá a uma das partes, a pressão que esta força exerce sobre a outra, a situação econômica real de ambas, tudo isto não interessa à lei. Enquanto dura o contrato de trabalho, continua a suposição de que as duas partes desfrutam de direitos iguais, desde que uma ou outra não renuncie expressamente a eles. E, se a situação econômica concreta do operário o obriga a renunciar até à última aparência de igualdade de direitos, a lei – novamente – nada tem a ver com isso."[177]

Neste ponto, é preciso que se assente de forma clara o que Marx entende por exploração – a raiz estrutural da desigualdade social entre os homens. Não se trata de um conceito necessariamente vinculado ao uso explícito da coação física ou moral, mas decorrente da separação do conjunto dos indivíduos de uma determinada formação social da propriedade dos meios de produção. Ao serem deles separados, não resta aos homens outra alternativa, senão, entregar a sua força de trabalho aos que deles se apoderaram. E sob essa condição, os proprietários dos meios de produção buscarão fazer com que aqueles que lhe venderam sua força de trabalho – como ocorre sob o modo de produção capitalista – produzam durante o período em que estão à sua disposição (jornada de trabalho), a maior quantidade possível de bens (mercadorias).

Aquilo que o patronato denomina por "produtividade", Marx demonstra ser simplesmente "exploração". A equação por meio da qual se demonstra os termos dessa operação ele denominou por "mais-valia". Esta consiste na diferença, entre aquilo que o empresário paga ao trabalhador por uma jornada

[177] Op. Cit., p. 112.

de trabalho, e a quantidade de riqueza que ele efetivamente produziu para o capitalista durante aquele intervalo de tempo. Marx leva também em consideração a competição entre os próprios capitalistas, lutam entre si pela realização da mais-valia coletivamente extorquida. Essa disputa constitui aquilo que alguns denominaram por "segunda determinação da lei do valor"[178]. Para poder vencer a concorrência com outros capitalistas, o empregador faz pressão sobre os seus empregados para que estes produzam cada vez mais no menor tempo – primeira determinação da "lei do valor".

A exploração não seria, portanto, algo definido no campo ético, no sentido de poder o capitalista escolher entre explorar ou não o seu empregado. Mas condição incita ao próprio modo de produção capitalista. Sem a exploração progressiva da força de trabalho posta à sua disposição, o empregador será simplesmente excluído da dinâmica produtiva pela competição inter-capitalista. E na busca pelo aumento da "produtividade" (ou "exploração" segundo Marx), o capitalista dispõe de duas alternativas básicas: a) ou o faz por meio do aumento da jornada de trabalho sem respectivo aumento de salário e/ou pela redução nominal do salário mantendo-se inalterada a jornada (mais-valia absoluta); b) ou pela introdução de novas forças produtivas, pelo incremento de inovações tecnológicas, que no âmbito de uma mesma jornada de trabalho, permite ao conjunto dos trabalhadores aumentarem a sua produção, reduzindo o custo por unidade de cada produto (mais-vala relativa).

> "A produção da mais-valia absoluta se realiza com o prolongamento da jornada de trabalho além do ponto em que o trabalhador produz apenas um equivalente ao valor de sua força de trabalho e com a apropriação pelo capital desse trabalho excedente. Ela constitui o fundamento do sistema capitalista e o ponto de partida da produção de mais-valia relativa. Esta pressupõe que a jornada de trabalho já esteja dividida em duas partes: trabalho necessário e trabalho excedente. Para prolongar o trabalho excedente, encurta-se o tempo necessário com métodos que permitem produzir-se em menos tempo o equivalente ao salário. A produção da mais-valia absoluta gira exclusivamente em torno da duração da jornada de trabalho; a produção da mais-valia relativa revoluciona totalmente os processos técnicos de trabalho e as combinações sociais. A produção de mais-valia relativa pressupõe, portanto, um modo

[178] BERNARDO, João. **Marx crítico de Marx**. Porto: Afrontamento, 1977.

> de produção especificamente capitalista, que, com seus métodos, meios e condições, surge e se desenvolve, de início, na base da subordinação formal do trabalho ao capital. No curso desse desenvolvimento, essa subordinação formal é substituída pela sujeição real do trabalho ao capital."[179]

Nesta segunda modalidade permite-se ao capitalista vencer os seus concorrentes ao mesmo tempo em que aumenta a sua taxa de acumulação de capital, excluindo competidores do mercado, e nesse, aumentando a sua participação – que por sua vez lhe permitirá explorar um universo maior de trabalhadores, servindo-se do seu novo padrão de produção, "quebrando" sucessivamente os seus concorrentes e ampliando o seu empreendimento até que este adquira as dimensões de um monopólio ou se agrupe a outros constituindo um oligopólio.[180]

Ou seja, a dinâmica capitalista (processo de acumulação de capital) induz ao aumento da desigualdade não apenas entre capitalistas e trabalhadores em razão da intensificação do processo de exploração via mais-valia, mas também, entre os próprios capitalistas, na medida em que o processo de acumulação de capital tende a promover um processo de concentração e centralização de capitais por força da competição inter-capitalista. Ademais, na medida em que sob o modo de produção capitalista, a exploração do trabalho (e através deste a exploração da natureza) torna-se global, integradas por um mercado mundial, novas assimetrias vão se constituindo – como, por exemplo, entre trabalhadores situados no centro e outros situados na periferia do modo de produção capitalista.

Posta a questão da desigualdade como algo intrínseco ao sistema, resta agora avaliar como Marx posiciona o direito e os sistemas jurídicos em geral em relação a esta questão. Criticando tanto os pensadores ingleses e franceses do século XVIII, quanto Hegel, Marx afirma que as relações jurídicas,

---

[179] MARX, Karl. **O Capital**. São Paulo: Difel, 1984, p. 585.

[180] "A batalha da concorrência é conduzida por meio da redução dos preços das mercadorias. Não se alterando as demais circunstâncias, o barateamento das mercadorias depende da produtividade do trabalho, e este da escala de produção. Os capitais grandes esmagam os pequenos. Demais, lembramos que, com o desenvolvimento do modo de produção capitalista, aumenta a dimensão mínima do capital individual exigido para levar adiante um negócio em condições normais. Os capitais pequenos lançam-se assim nos ramos de produção de que a grande industria se apossou apenas de maneira esporádica ou incompleta. A concorrência acirra-se então na razão direta do número e na inversa da magnitude dos capitais que se rivalizam. E acaba sempre com a derrota de muitos capitalistas pequenos, cujos capitais ou soçobram ou se transferem para as mãos do vencedor." Op. Cit., p. 727.

assim como as formas de Estado (já que, com a consolidação do direito positivo, ambas se confundem) não podem ser compreendidas por si mesmas, ou pela chamada evolução geral do Espírito humano (Hegel), inserindo-se, todavia, nas “condições materiais de existência”.

Marx percebe que os homens estabelecem entre si certas relações sociais de produção, que permanecem, no entanto, imperceptíveis para eles enquanto tais, e que são determinadas em cada momento histórico em razão do grau de desenvolvimento das forças produtivas. O conjunto dessas forças produtivas articuladas às relações sociais de produção comporia uma infra-estrutura econômica, no seio da qual, se desenrola tanto a produção material da riqueza social quanto às disputas pela sua divisão. E para manter essa configuração distante da consciência dos indivíduos, bem como, para “naturalizar” as diferenças e antagonismos sociais que dela resultam, ou dar-lhes uma conotação acidental, ergue-se sobre essa infra-estrutura uma “superestrutura” jurídica e ideológica. Tal superestrutura teria a pretensão de atingir até mesmo a conformação espiritual dos homens de acordo com as condições históricas em que se dá a produção da sua vida material. Tal superestrutura seria a responsável pela fixação de certas modalidades de consciência social, seja emprestando-lhes determinados valores (religião, sistema educacional), ou atribuindo-lhes certas posições jurídicas no interior de um sistema normativo marcado por um altíssimo grau de formalidade. De qualquer maneira – e isto especialmente quando se reflete sobre um tema como a igualdade – o grande equívoco residiria em buscar a determinação do homem enquanto ente social na sua consciência individual, quando seria esta consciência individual que deveria ser explicada a partir das condições sociais em que o indivíduo é constituído.

> “Na produção social da sua existência, os homens estabelecem relações determinadas, necessárias, independentemente da sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e a qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o

> seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência."[181]

Com isso o que Marx quer afirmar é que, nós não podemos partir do direito (bem como da religião, da escola, dos partidos políticos, da imprensa, etc.) para explicar a formação da sociedade em sua estrutura material, mas ao contrário, os sistemas jurídicos seriam um reflexo, uma superestrutura que se projeta a partir de uma dada infra-estrutura econômica - com o objetivo de protegê-la e aperfeiçoá-la. Ou seja, o direito burguês seria a expressão política e ideológica dos interesses da econômicos da burguesia em seu conjunto. Institucionalizaria um regime de propriedade (privada) que corresponderia à sua natureza econômica, ainda que tolere e absorva mudanças tópicas e algumas concessões aos excluídos em geral e aos trabalhadores em particular. Isto ocorre porque a luta de classes impõe um movimento dinâmico, em que as concessões mútuas, se definem em razão de uma dada correlação de forças que, sendo conjunturalmente favorável aos trabalhadores, pode lhes permitir avanços significativos. Mas de forma alguma, poderiam chegar ao ponto de possibilitar-lhes um regime jurídico pautado na igualdade substancial – dado o fato do modo de produção capitalista basear-se exatamente na apropriação privada da riqueza.

Os limites dos sistemas jurídicos em geral, e do direito burguês em particular, residiriam, portanto, na natureza do modo de produção do qual ele é expressão. Sendo assim, um regime jurídico fundamentado na igualdade material ou substancial só poderia se dar pela destruição revolucionária do modo de produção capitalista e pela edificação de outro, pautado não apenas na produção (o que o capitalismo já faz), mas na apropriação coletiva das riquezas socialmente produzidas. Sem uma mudança (revolucionária) na infra-estrutura, seria impossível modificar a superestrutura (jurídica), ou teríamos uma mudança puramente cosmética, aparente.

> "Em certo estágio de desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações produção existentes ou, o que é a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade no seio das quais se tinham movido até então. De formas de desenvolvimento das forças produtivas,

[181] MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1983, p. 24.

> estas relações transformam-se no seu entrave. Surge uma época de revolução social. A transformação da base econômica altera, mais ou menos rapidamente, toda a imensa superestrutura. Ao considerar tais alterações é necessário sempre distinguir entre a alteração material – que se pode comprovar de maneira cientificamente rigorosa - das condições econômicas de produção, e as formas jurídicas, políticas, religiosas artísticas ou filosóficas, em resumo, as formas ideológicas pelas quais os homens tomam consciência deste conflito, levando-o às suas últimas conseqüências."

Em suma, segundo o entendimento de Marx, um regime jurídico fundamentado em alguma modalidade de igualdade material só poderia surgir após a eclosão de uma revolução social que subvertesse os fundamentos econômicos de um sistema produtivo baseado na apropriação privada da riqueza socialmente produzida. E é a partir desse ponto, no bojo de uma sociedade pós-capitalista, que ele formulou alguns elementos por meio dos quais procurou indicar o que poderia ser uma concepção normativa da justiça (material) como igualdade.

Neste sentido, na perspectiva estabelecida por Marx, a instituição de um regime jurídico fundado na igualdade material só seria possível com o fim da divisão do trabalho fundada na apropriação privada dos meios de produção. Este seria o ponto fundamental. Assim como Marx, outros marxistas[182] procuraram demonstrar que a divisão do trabalho instituída com a revolução industrial a partir da introdução do sistema fabril, não obstante tenha propiciado um extraordinário aumento da produtividade do trabalho humano, tal incremento, poderia ser perfeitamente atingido com base em outros fundamentos (apropriação coletiva desses mesmos meios de produção) e sem

[182] "A divisão capitalista do trabalho – caracterizada pelo celebre exemplo da manufatura de alfinetes, analisada por Adam Smith – foi adotada não pela sua superioridade tecnológica, mas por que garantia ao empresário um papel essencial no processo de produção: o de coordenador que, combinando os esforços separados dos seus operários, obtém um produto mercante. Do mesmo modo, a origem e o sucesso da fábrica não se explicam por uma superioridade tecnológica, mas pelo fato dela despojar o operário de qualquer controle e de dar ao capitalista o poder de prescrever a natureza do trabalho e a quantidade a produzir. A partir disso, o operário não é livre para decidir como e quanto quer trabalhar para produzir o que lhe é necessário; é preciso que ele escolha trabalhar nas condições do patrão ou não trabalhar, o que não lhe deixa nenhuma escolha. A função social do controle hierárquico da produção consiste em permitir a acumulação do capital. Via de regra, o indivíduo não escolhe deliberada e conscientemente economizar. Inúmeras pressões são exercidas sobre ele para levá-lo a gastar. Quando há uma economia pessoal (a da família), isso resulta de uma defasagem dos hábitos de despesas em relação ao aumento da renda, pois a despesa, como qualquer atividade, tem necessidade de ser apreendida e a aprendizagem leva tempo. Assim, a economia individual é a conseqüência do crescimento e não constitui uma causa independentemente dele." GORZ, André. **Crítica da Divisão do Trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 41-42.

uma série de inconvenientes. Sobretudo, aqueles ligados ao desperdício de insumos e outros fatores de produção. No entanto, mais importante ainda seria a natureza anárquica de todo o sistema de produção em nível global, gerado por um modelo produtivo fundado na iniciativa individual e sob a ignorância do que pensam e fazem as demais unidades de produção – o que contribui sobremaneira para a eclosão recorrente de crises de superprodução. Nesse sentido, fica claro para os marxistas que a razão de ser da atual divisão social do trabalho radica-se essencialmente sobre imperativos ligados às posições de poder e comando que lhe atribuem imensas vantagens no processo de apropriação da riqueza socialmente produzida. Constituir-se-ia aí o fundamento estrutural para a produção da desigualdade material no seio das sociedades modernas.

Por isso, para Marx, no âmbito da sociedade pós-capitalista (por ele às vezes denominada simplesmente por sociedade coletivista), a propriedade comum dos meios de produção e o fim do atual sistema de divisão social do trabalho colocam-se como pré-condição objetiva para superar-se os padrões vigentes de desigualdade material.

> "Dentro da sociedade coletivista, fundada na propriedade comum dos meios de produção, os produtores não trocam seus produtos; tanto menos o trabalho transformado em produtos surge aqui como valor desses produtos, como uma propriedade objetiva possuída por eles, pois agora, em oposição à sociedade capitalista, os trabalhos individuais não existem mais como partes constitutivas do trabalho total por meio de um processo indireto, mas de modo direto."[183]

Neste ponto, é preciso também deixar claro que Marx pensa a superação do regime (estrutural) de desigualdade material por etapas, na medida em que a igualdade material plena só poderia ser atingida na sociedade comunista. E esta não poderia ser atingida de chofre, mas seria alcançada após um período de transição no qual as condições econômicas e tecnológicas herdadas da sociedade capitalista ainda exerceriam certa pressão sobre o conjunto das necessidades sociais. Razão pela qual, o modelo fundado no incremento individual da produtividade, e um sistema de recompensa em

[183] MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha**. In Obras Escolhidas (vol. 02). São Paulo: Alfa Omega, 1984, p. 213.

função dos diferenciais de produtividade de cada trabalhador, deverá ser mantido como condição para se evitar a completa desorganização do sistema produtivo neste momento de transição. O que quer dizer que, nessa primeira fase, a distribuição da riqueza socialmente produzida teria que atender ao "princípio do maior rendimento", segundo o qual, teria uma maior participação no fundo social da riqueza aqueles trabalhadores que, independentemente de suas necessidades concretas, apresentassem uma maior produtividade.[184] Talvez esta compreensão acerca da transição do modo de produção capitalista para o comunismo esteja na base da famosa frase de Lênin, quando da justificação de alguns mecanismos típicos da produção capitalista no âmbito da sociedade de transição (como o regime de propriedade privada no âmbito do pequeno campesinato), no bojo de sua autodenominada NEP (nova política econômica), quando definiu esse regime de transição pela expressão: "socialismo é igual a soviêtes mais eletrificação".

Temos então que para Marx todo o direito deve ser concebido necessariamente como um direito desigual. Obviamente ele ressalva o fato de que agora o trabalhador – e na nova divisão social do trabalho todos se tornarão simplesmente trabalhadores – não produz mais-valia para um patrão. Mas contribui com a sua força de trabalho para um fundo social, do qual, pela primeira vez, ele retira um equivalente à sua contribuição individual (o que lhe seria estruturalmente impossível no âmbito do modo da produção capitalista). No entanto, tal regime de desigualdade, não obstante muito superior à mera igualdade formal que impera na ordem jurídica liberal-individual, ainda trás em si a marca patente da injustiça, na medida em que não considera a situação particular do trabalhador – se possui ou não filhos, suas condições de saúde,

[184] "Do que se trata aqui não é de uma sociedade comunista que se desenvolveu sobre sua própria base, mas de uma que acaba de sair precisamente da sociedade capitalista e que, portanto, apresenta ainda em todos os seus aspectos, no econômico, no moral e no intelectual, o selo da velha sociedade de cujas entranhas procede. Congruentemente com isso, nela o produtor individual obtém da sociedade – depois de feitas as devidas deduções – precisamente aquilo que deu. O que o produtor deu a sociedade constitui sua cota individual de trabalho. Assim, por exemplo, a jornada social de trabalho compõe-se da soma das horas de trabalho individual; o tempo individual de trabalho de cada produtor em separado é a parte da jornada social de trabalho com que ele contribui, é a sua participação nela. A sociedade entrega-lhe um bônus consignando que prestou tal ou quantidade de trabalho (depois de descontar o que trabalhou para o fundo em comum), e com este bônus ele retira dos depósitos sociais de meios de consumo a parte equivalente à quantidade de trabalho que prestou. A mesma quantidade de trabalho que deu à sociedade sob uma forma, recebe-a desta sob uma outra forma diferente." Op. Cit., p. 213.

robustez, tirocínio intelectual etc.[185] Daí porque, novamente afirmar que, o direito, em vez de ser igual, deverá ser sempre desigual. Acrescentaríamos nós que, sendo o direito sempre desigual, o que pode igualar os homens é a justiça. A igualdade seria uma questão de justiça, não de direito.

> "Apesar deste progresso, este direito igual continua trazendo implícita uma limitação burguesa. A direito dos produtores é proporcional ao trabalho que prestou; a igualdade, aqui, consiste em que é medida pelo mesmo critério: pelo trabalho. Mas alguns indivíduos são superiores, física e intelectualmente a outros e, pois, no mesmo tempo, prestam mais trabalho, ou podem trabalhar mais tempo; e o trabalho, para servir de medida, tem que ser determinado quanto à duração ou intensidade; de outro modo, deixa de ser uma medida. Este direito igual é um direito desigual para trabalho desigual. Não reconhece nenhuma distinção de classe, porque aqui o indivíduo não é mais do que um operário como os demais; mas reconhece, tacitamente, como outros tantos privilégios naturais, as desiguais aptidões dos indivíduos, e, por conseguinte, a desigual capacidade de rendimento. No fundo é, portanto, como todo direito, o direito da desigualdade. O direito só pode consistir, por natureza, na aplicação de uma medida igual; mas os indivíduos desiguais (e não seriam indivíduos diferentes se não fossem desiguais) só podem ser medidos por uma medida sempre e quando sejam considerados sob um ponto de vista igual, sempre e quando sejam olhados apenas sob um aspecto determinado; por exemplo, no caso concreto, só como operários, e não se veja neles nenhuma outra coisa, isto é, prescinda-se de tudo o mais. Prossigamos: uns operários são casados e outros não, uns têm mais filhos do que outros, etc, etc. Para igual trabalho e, por conseguinte, para igual participação no fundo social de consumo, uns obtêm de fato mais do que outros, uns são mais ricos do que outros, etc. Para evitar todos esses inconvenientes, o direito não teria que ser igual, mas desigual."[186]

---

[185] "A teoria marxista reconhece dois tipos de igualdade, que correspondem às duas fases da sociedade pós-revolucionária. Na primeira, predomina o princípio "de cada qual segundo sua capacidade, a cada qual segundo o trabalho realizado." Esse princípio de distribuição – ao contrário do que pretendem os defensores da sociedade atual – só se concretizará na sociedade pós-revolucionária, onde todos os outros critérios pelos quais a distribuição tem sido feita serão abolidos como ilegítimos e injustos. Mas, como as diferenças nas realizações individuais são, pelo menos em parte, resultado de diferenças de talento e capacidade que são inatas ou produto das condições ambientais, e, como as situações familiares e condições de vida dos diferentes indivíduos são muito diversas (desde diferenças no físico e as correspondentes necessidades de vestuário e alimentação, até as diferentes responsabilidades impostas por diferenças no tamanho da família, etc.), esse princípio de distribuição não equivale ainda a uma igualdade justa (tratamento igual), pois, embora uma igualdade abstrata seja formalmente aplicada a todos os indivíduos, eles recebem na realidade um tratamento materialmente desigual." BOTTOMORE, T. **Diconário do Pensamento Marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1988, p. 187.

[186] MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha**. In Obras Escolhidas (vol. 02). São Paulo: Alfa Omega, 1984, p. 214.

Feitas todas essas considerações, Marx prepara então o desfecho de sua argumentação apontando para a sociedade comunista. Neste ponto, superado o período de transição para uma sociedade pós-capitalista no qual ainda predomina, como critério para a distribuição individual da riqueza socialmente produzida o “princípio do maior rendimento” (“de cada um segundo a sua capacidade, a cada qual segundo o trabalho realizado”), finalmente, estaríamos prontos para atingir um estágio de efetiva justiça material, no qual o direito, agindo como termo normativo desigual para regular situações faticamente desiguais, poderá, pela primeira vez na história, atuar concretamente como instrumento de realização da justiça material ou substancial.

Neste ponto é preciso perceber que, ao contrário do que insinua certa leitura vulgar da obra de Marx, este não se coloca contra o direito. Não afirma que todo o direito será para todo e sempre instrumento de opressão de uma classe sobre outra. Mas, simplesmente, que os sistemas normativos correspondem a uma expressão ideológica de uma dada infraestrutura material. E que, portanto, a possibilidade de termos o direito como instrumento – não apenas de mediação ou de compromisso entre interesse materialmente antagônicos e irreconciliáveis – emancipatório reside na possibilidade de alterarmos previamente os fundamentos de uma dada ordem econômica, da esfera na qual se dá a produção e a reprodução material da humanidade. E que na busca pela transformação dessa infraestrutura econômica, o ponto mais importante passa pela transformação revolucionária da forma pela qual contemporaneamente se dá a divisão social do trabalho e o regime jurídico pelo qual se regula a apropriação dos meios de produção.

Alterados então os fundamentos estruturais que produzem e reproduzem a desigualdade, aí sim, poderemos instituir um novo fundamento normativo para a regulamentação da justiça como igualdade material. Justiça porque amparada em um novo pressuposto normativo, pautada na máxima “de cada um segundo suas capacidades; a cada um segundo suas necessidades.” Somente quando a sociedade estiver regulada por um sistema normativo voltado para a tutela efetiva das necessidades materiais, no qual já se tenha dado um novo arranjo entre a divisão social do trabalho e a gestão das forças produtivas, é que se tornará possível compatibilizar o princípio da capacidade

(mérito) com o princípio da necessidade (solidariedade). Só aí poderíamos falar (segundo Marx) em realização substancial da idéia de justiça na forma como ela foi concebida nos primórdios do pensamento ocidental – como exemplificado no pensamento de Aristóteles. A alteração qualitativa na infraestrutura econômica da sociedade finalmente conduziria a uma transformação qualitativa do direito em geral.

> "Numa fase mais elevada da sociedade comunista, depois que desapareceu a subordinação subserviente dos indivíduos à divisão social do trabalho e, portanto, também o contraste entre trabalho intelectual e trabalho físico; depois que o trabalho tornou-se não apenas meio de vida, mas também a primeira necessidade da vida; depois que, com o desenvolvimento unilateral dos indivíduos, também cresceram as forças produtivas e que todas as fontes de riqueza coletiva fluem em sua total plenitude, somente então o limitado horizonte jurídico da burguesia pode ser superado e a sociedade pode escrever em suas bandeiras: de cada um segundo suas capacidades; a cada um segundo suas necessidades!"[187]

Obviamente não podemos deixar de registrar que as colaborações de Marx para uma teoria normativa (geral) da justiça como igualdade está ela própria condicionada ao grau de desenvolvimento das relações sociais de produção e das forças produtivas que ele pôde observar, de fato e tendencialmente, no seu tempo histórico. Não há como negar que algumas transformações verificadas *a posteriori* na evolução do quadro político e econômico da sociedade ocidental, em particular, e de toda a humanidade de uma maneira geral, abalaram sensivelmente a crença em alguns dos fundamentos por ele indicados acerca do que seria a sociedade pós-revolucionária. A implementação de modelos políticos totalitários, muitas vezes justificados com base na necessidade de garantir-se a igualdade material a todos os membros da sociedade, jogou "um balde de água fria" em muitos dos seus entusiastas. Também o fizeram o surgimento de castas burocráticas, a chamada "*nomeklatura*", instituidora de privilégios para os membros do alto escalão das elites dirigentes no âmbito daquelas experiências que ficaram conhecidas como "socialismo real".

---

[187] Op. Cit., p. 214-215.

No entanto, não podemos também negar que os fundamentos de sua crítica à economia política, baseada em uma dada divisão social do trabalho, bem como, sua compreensão acerca da correlação entre os fenômenos econômicos e os sistemas normativos, permanece plenamente atual. Assim como os fundamentos de sua concepção normativa para a instituição de um regime de justiça como igualdade substancial. Daí porque, muitos continuam ainda a acalentar o projeto de uma sociedade sem classes, de uma sociedade comunista na qual justiça e igualdade tornam-se praticamente sinônimos. Isto apesar de todos os apelos da presente sociedade de consumo. Continuam existindo muitos que desejam a superação do capitalismo, no bojo de uma nova sociedade marcada pelo predomínio de valores pós-materiais.

> "O princípio 'de cada um segundo sua capacidade, a cada um segundo suas necessidades', corresponde à fase comunista superior da sociedade pós-revolucionária. Só no comunismo será conferido um tratamento igual aos seres humanos desiguais, com todas as suas necessidades forçosamente desiguais. Pressupõe-se, é claro, que o desejo universal de possuir cada vez mais terá desaparecido por si mesmo numa sociedade que assegura meios de vida adequados a todos e na qual já não há hierarquias de poder e de prestígio. Em resposta à crítica generalizada de que essa perspectiva é 'utópica', pode-se mencionar o aparecimento espontâneo de 'valores pós-materiais' em muitas sociedades altamente industrializadas. Quando são assegurados a todos, atividades satisfatórias e a possibilidade de variá-las, e as relações sociais garantem e expressam tais atividades, a motivação de possuir cada vez mais diminuirá por si mesma e uma 'moderação racional' surgirá em seu lugar."[188]

Por fim, parece-nos que a contribuição do marxismo para a compreensão estrutural da produção da desigualdade é indiscutível – ainda que muitos questionem as suas propostas para a superação de tal estrutura. Ele estabeleceu um diálogo profundo com inúmeros representantes do pensamento ocidental ao longo de toda a sua evolução. Até porque, o marxismo, muito mais do que o próprio cristianismo, foi a primeira doutrina ocidental que, de fato, se globalizou, estendendo sua influência e provocando transformações em todo o planeta.

---

[188] BOTTOMORE, T. **Dicionário do Pensamento Marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1988, p. 187.

De forma específica, inseriu-se no âmago de temas e conceitos que balizaram indiscutivelmente a reflexão política e filosófica sobre o problema da desigualdade material, em especial, no âmbito da chamada modernidade, na qual se destacou o pensamento contratualista. Auxiliado por Engels, discutiu aspectos relevantes vinculados à origem da sociedade e do Estado, o "enigma da propriedade privada", resgatou a questão do direito de rebelião – não só como direito, mas como necessidade imposta pela práxis revolucionária do proletariado, avançando em uma seara que já havia sido explorada por Locke e por Rousseau.

Enfim, colocou a chamada "questão social" no centro da reflexão política e filosófica moderna de forma incontornável. Seu pensamento produziu ecos em diversos campos do conhecimento, inclusive na filosofia do direito contemporâneo, e sua influência é perceptível, mesmo entre aqueles que não se colocam no campo dos seus fiéis seguidores, mas que não puderam ignorar o peso de suas razões. Neste campo, temos que incluir necessariamente o pensamento de John Rawls, que no contexto teórico do século XX, trouxe inequivocamente a mais importante contribuição para esse debate. Com ele, a idéia de uma teoria normativa da justiça como igualdade (ou "justiça como eqüidade", como ele preferiu), atingiu o seu estágio, até agora, mais elaborado.

3.2 - Uma teoria (normativa) da justiça como eqüidade em John Rawls – fundamentos para um neocontratualismo

Na segunda metade do século XX, o jurisfilósofo norte-americano John Rawls, retomou a reflexão em torno da plausibilidade de uma teoria normativa capaz de garantir o estabelecimento de um plano de igualdade elementar no âmbito daquilo que denominou por "estrutura básica da sociedade".

De um lado, seu pensamento se projetou sobre o terreno deixado por um progressivo esvaziamento das teorias positivistas (amplamente majoritárias, nos países pertencentes à tradição jurídica romano-germânica, na primeira metade do século XX), de teor acentuadamente formalista, expressão tardia do postulado liberal-individualista que dominou o debate jurisfilosófico ao longo do século anterior. Por outro lado, buscou focar sua crítica noutra banda

do pensamento juridicamente dominante, dirigindo-a contra as concepções de justiça baseadas no "intuicionismo" e, sobretudo, no "utilitarismo" – francamente hegemônicas no âmbito da tradição jurídica anglo-saxônica.

Ao criticar o intuicionismo e o utilitarismo, apontando suas insuficiências e contradições, no tocante ao encaminhamento de questões relacionadas à realização da justiça material, Rawls retomou a linha evolutiva estabelecida pela tradição do pensamento contratualista. Intentou conduzir a teoria do contrato social a um plano superior de abstração, com a introdução de uma idéia norteadora fundamentada através daquilo que denominou por "dois princípios de justiça", como objeto de "consenso original", para a "estrutura básica da sociedade".[189]

Ao estabelecer como campo para a discussão das questões referentes à justiça a chamada estrutura básica da sociedade, Rawls colocou o problema da distribuição material da riqueza no centro da reflexão jurídica, em especial no âmbito do direito constitucional, e neste sentido, realizou também uma

[189] "Pode-se observar, porém, que uma vez que, os princípios de justiça, são considerados como conseqüências de um consenso original numa situação de igualdade, fica aberta a questão de saber se **o princípio da utilidade** (*grifo nosso*) seria reconhecido. À primeira vista, parece pouco provável que pessoas que se vêem como iguais, com direito a fazer exigências mútuas, concordariam com um princípio que pode exigir para alguns expectativas de vida inferiores, simplesmente por causa de uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros. Uma vez que cada um busca proteger seus próprios interesses, sua capacidade de promover sua concepção do bem, ninguém tem razão para aceitar uma perda duradoura para si mesmo a fim de causar um saldo líquido maior de satisfação. Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximizaria a soma algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter seus interesses e direitos básicos. Assim, parece que o princípio da utilidade é incompatível com a concepção da cooperação social entre iguais para a vantagem mútua. Parece ser inconsistente com a idéia de reciprocidade implícita na noção de uma sociedade bem-ordenada. De qualquer forma, argumentarei nesse sentido. Sustentarei ao contrário, que pessoas na situação inicial escolheriam dois princípios bastante diferentes: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto os segundo afirma que desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade. Esses princípios excluem instituições que se justificam com base no argumento de que as privações de alguns são compensadas por um bem maior do todo. Pode ser conveniente mas não é justo que alguns tenham menos para que outros possam prosperar. Mas não há injustiça nos benefícios maiores conseguidos por uns poucos desde que a situação dos menos afortunados seja com isso melhorada. A idéia intuitiva é a de que, pelo fato de o bem estar de todos depender um sistema de cooperação sem o qual ninguém pode ter um vida satisfatória, a divisão de vantagens deveria acontecer de modo a suscitar a cooperação voluntária de todos os participantes, incluindo-se os menos bem situados. No entanto, só se pode esperar isso se forem propostos termos razoáveis. Os dois princípios aludidos parecem constituir uma base eqüitativa sobre a qual os mais dotados, ou os mais afortunados por sua posição social, duas coisas de que não podemos ser considerados merecedores, poderiam esperar a cooperação voluntária dos outros quando algum sistema viável fosse uma condição necessária para o bem-estar de todos. Uma vez que decidimos buscar uma concepção da justiça que impeça a utilização dos acidentes da dotação natural e das contingências de circunstâncias sociais como trunfos na demanda de vantagens econômicas e políticas, somos levados a usar esses princípios. Eles expressam a conseqüência do fato de deixarmos de

aproximação – ao menos temática – com o marxismo. Tal aproximação incomodou profundamente alguns de seus críticos, sobretudo, na medida em que Rawls não colocou a propriedade privada dos meios de produção[190] como uma liberdade elementar, essencial ou fundante. Dessa forma, relegou a sua definição para o acordo buscado no bojo da "situação inicial" (sucessor neocontratualista do "estado de natureza"), através da aplicação dos dois princípios de justiça.

A articulação entre os dois princípios de justiça, estabelece-se por meio de uma correspondência hierárquica ou de precedência ("ordem lexical"), entre eles. O primeiro princípio - "princípio da igualdade" - é definido como atribuição a cada indivíduo de direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para outras pessoas. O segundo princípio - "princípio da diferença" ou das "desigualdades aceitáveis por todos" - estabelece que as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que simultaneamente: a) sejam consideradas vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e, particularmente, para os membros menos favorecidos da sociedade; b) decorram de posições e funções às quais todos tenham acesso.

Fica patente a diferença (de Rawls) em relação à tradição marxista. De início, na medida em que incorpora no primeiro princípio uma variação da clássica idéia do imperativo categórico kantiano, e dessa forma, se recusa a admitir qualquer melhoria nas condições materiais da sociedade ao custo do sacrifício das liberdades individuais (pretexto utilizado no contexto do chamado "socialismo real"). Ademais, reconhece que a resposta social a determinadas contingências relacionadas à eficiência e à produtividade social podem requerer a admissão de algum nível de diferença ou desigualdade entre os indivíduos – com a ressalva evidente de que tal diferença beneficie os mais necessitados. A contrário senso do que arrepiou os utilitaristas, também não

---

lado aqueles aspectos do mundo social que parecem arbitrários de um ponto de vista moral." RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 15-16.

[190] "É difícil, talvez impossível, fazer uma especificação completa dessas liberdades independentemente das circunstâncias particulares, sociais, econômicas e tecnológicas, de uma dada sociedade. A hipótese é de que a forma geral consiste numa lista que pode ser definida com exatidão suficiente para sustentar essa concepção de justiça. Sem dúvida, liberdades que não constam nessa lista, por exemplo, o direito a certos tipos de propriedade (digamos, os meios de produção), e a liberdade contratual como determina a doutrina do laissez-faire, não são básicas; portanto, não estão protegidas pela prioridade do primeiro princípio." Op. Cit., p. 65-66.

exige (como o faz o Marx), a apropriação coletiva dos meios de produção como *conditio sine quae nom* para a realização da justiça no âmbito da estrutura básica da sociedade – ainda que também não a rejeite (apropriação coletiva dos meios de produção), por princípio.

Dessa forma, podemos até afirmar que Rawls buscou uma espécie de síntese teórica entre a tradição liberal (representada, sobretudo, pelo utilitarismo) e a tradição marxista - na medida em que incorporou dessa a preocupação com a distribuição da riqueza material junto à estrutura básica da sociedade no bojo de uma teoria normativa da justiça.

Sendo assim, seu projeto mira no aperfeiçoamento progressivo da sociedade através da realização de uma concepção de justiça compreendida como “eqüidade” – termo tomado em sentido distinto daquele atribuído por Aristóteles, que o identificava como corretivo para os rigores da lei em sua aplicação ao caso concreto. Rawls o redefine como um “acordo” sobre os “princípios de justiça” alcançado em uma “situação inicial eqüitativa”. Buscar-se-á a sua realização no âmbito das “instituições”, sendo então, as questões referentes à justiça ou injustiça, deslocadas para o campo da Constituição e dos principais acordos políticos e sociais.

A partir desses pressupostos, o objetivo de Rawls passa pela constituição daquilo que ele denominou por “sociedade bem ordenada” (*well-ordered society*). Segundo tal concepção, a sociedade justa, bem estruturada, deve ser fundamentada de tal modo que as pessoas possam conviver com todas as diferenças religiosas, étnicas e culturais, enquanto pessoas livres e iguais, e que, portanto, possam “viver bem”. A “teoria da justiça” se apresenta como um procedimento de construção, uma “estrutura procedimental”, capaz de representar (teoricamente) os dois princípios fundamentais de justiça política. Os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade, objeto de um “acordo original”, seriam os princípios que regulariam todos os subseqüentes acordos, pactos e contratos, cabendo a eles especificar os tipos de cooperação social e as formas de governo a serem estabelecidos.

Dentro dessa perspectiva “procedimental”, a própria institucionalização do pacto, não é concebida como algo que se atinge de uma só vez. Seria ele o resultado de um processo de etapas gradativas, no qual se partiria do plano mais abstrato para o mais concreto. Neste sentido, em uma primeira etapa, sob

aquilo que Rawls denominou por “véu da ignorância”, escolheriam-se os dois princípios. Em um segundo momento, ultrapassada a discussão acerca dos princípios de justiça, as partes reunidas em uma Assembléia Constituinte, adquirem conhecimento dos fatos gerais relativos à sociedade à qual pertencem. Em uma terceira etapa, resolvidas as questões relativas à Constituição política, e com um conhecimento mais elaborado sobre as condições sociais e econômicas da sociedade em questão, escolheriam-se as políticas de bem estar econômico e político. Em uma quarta e última etapa, as partes perspectivam as suas situações particulares em condições de total acesso aos fatos, pois o véu de ignorância foi sendo gradualmente removido na descida seqüencial do mundo da posição original até ao nosso mundo, tornando então possível a todos estudar a aplicação das normas com integral compreensão da estrutura básica[191] de uma dada sociedade.

Em seu limite, Rawls justifica sua teoria em torno de uma preocupação elementar com a instabilidade das instituições. Segundo seu entendimento, uma sociedade sem estabilidade seria aquela que convive com o desvirtuamento dos seus poderes institucionais. De outro lado, uma sociedade bem ordenada seria intrinsecamente estável. A questão da instabilidade liga-se ainda à própria aderência dos cidadãos pactuantes ao contrato social (Constituição Política) ou não – e que no fundo se traduz em uma questão de legitimidade. Todo pacto dependeria de uma aceitação reiterada que se dá ao funcionamento das instituições que devem reger-se de acordo com os princípios de justiça. No entanto, segundo Rawls, não seria porque as instituições sejam imperfeitas, que se tornaria legítimo um movimento de “desobediência civil”.[192]

---

[191] “...estrutura básica da sociedade é a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo. A Constituição política com um judiciário independente, as formas legalmente reconhecidas de propriedade e a estrutura da economia (na forma, por exemplo, de um sistema de mercados competitivos com propriedade privada dos meios de produção) bem como, de certa forma, a família, tudo isso faz parte da estrutura básica. E estrutura básica é o contexto social de fundo dentro do qual as atividades de associações e indivíduos ocorrem. Uma estrutura básica justa garante o que denominamos de justiça de fundo [background justice].” RAWLS, John. **Justiça como Eqüidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13-14.

[192] Sobre o tema específico da desobediência civil, ver: GARCIA, Maria. **Desobediência Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Temos aqui, a retomada do velho tema, caro à tradição do pensamento contratualista, em torno do direito de resistência ou rebelião. Rawls acredita que não se deve discutir se devemos ou não obedecer a uma instituição iníqua, violenta, arbitrária ou despótica. Mas se um governo democraticamente constituído está ou não sujeito à desobediência civil. E segundo ele, uma teoria da justiça, deve prever uma teoria da desobediência. Esta poderia ser definida como um ato de resistência não-violento, de caráter político, contrário à lei, no sentido de realização de uma mudança política. A submissão ou insubmissão discute-se na medida em que as instituições desrespeitem os princípios de justiça – que passam então a ser tomados como parâmetros de legitimidade jurídico-política.

Nesses termos, para Rawls, a resistência, nada tem a ver com força, revolução, rebeldia ou insurgência. A idéia de desobediência correlaciona-se com a moralização e com o questionamento das estruturas de poder da sociedade, com vistas à alteração das leis que se façam em desacordo com os referidos princípios. A idéia de desobediência civil, colocada por Rawls, está na prática muito próxima da iniciativa posta na Índia por Ghandi em sua luta contra o colonialismo britânico, ou no movimento desencadeado nos EUA por líderes como Martin Luther King em sua luta pelo reconhecimento dos direitos civis das minorias. Mais do que da tradição revolucionária legada por Marx, ou mesmo de pensadores burgueses vinculados à tradição contratualista como Locke e Rousseau.

Aliás, sob certo aspecto, toda a retrospectiva procedida até aqui teve por objetivo, exatamente, recuperar a evolução do pensamento jusfilosófico em torno dos temas da justiça e da igualdade, com destaque para a tradição contratualista clássica -com vistas a preparar a apresentação da teoria da justiça de John Rawls. Isto porque, em nossa opinião, nenhuma outra corrente do pensamento contemporâneo fundamenta melhor a oportunidade, conveniência e legitimidade em torno das chamadas “ações afirmativas” como políticas públicas destinadas à realização de uma concepção substancial de igualdade – tema central do presente estudo – do que a sua teoria da justiça. Sendo assim, após esta rápida panorâmica acerca de sua concepção (geral) sobre a justiça como eqüidade, passaremos a discorrer com um pouco mais de vagar em torno de alguns conceitos a pouco referidos.

Fundamentos para um neocontratualismo

Voltemos então ao tema do “contrato social”. Como afirmado a pouco, Rawls assume de forma explicita e integral a sua filiação junto à tradição contratualista. Coloca-se então como o mais novo elo ao longo de uma cadeia de pensamento que vem tentando elaborar uma filosofia política em torno de uma reflexão acerca dos elementos que propiciam um processo de legitimação do poder estatal através de um consenso político pautado sobre um plano jurídico-normativo. Obviamente, o contratualismo de Rawls possui evidentes elementos de distinção em relação aos demais representantes dessa tradição – que de resto, como já demonstrado nesse trabalho, só se identificam em torno de um campo conceitual comum, no qual se abordam temas compartilhados como “estado de natureza”, “propriedade privada”, “contrato social”, “direito de rebelião” ou de “resistência”.

No entanto, não resta dúvida de que Rawls buscou elevar essa concepção a um novo patamar teórico-doutrinário, retirando dela os elementos necessários não apenas para a fundamentação de uma filosofia política amparada em pressupostos normativos, mas os fundamentos de uma nova filosofia moral capaz de rivalizar com vantagens com a doutrina ainda dominante no centro da cultura ocidental – o utilitarismo.

Assim como em Hobbes e Kant, o contrato social não é pensado em termos de um acontecimento histórico, pelo qual passaram ou passam todas as sociedades, mas de forma hipotética. Trata-se antes de uma idéia norteadora através da qual se busca, por meio de um consenso fundado em uma escolha racional, baseada no interesse próprio de cada participante, no âmbito de uma dada situação inicial, um conjunto de princípios capazes de estabelecer de forma razoável, longa e duradoura, para todos, os termos fundamentais de uma dada associação política. É no bojo dessa nova formatação da tradição contratualista que Rawls nos apresenta a sua concepção de “justiça como eqüidade”.

> "Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais dessa associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como eqüidade."[193]

Rawls defende o uso do termo "contrato", entendendo-o como adequado até mesmo para a fundamentação de teorias morais – como também pretende o utilitarismo clássico. Justifica-se afirmando se tratar de um certo nível de abstração, sobretudo, no que diz respeito ao conteúdo do consenso pretendido, visto que, não se trataria de formar uma determinada sociedade ou específica forma de governo, tratando-se antes de aceitar certos princípios morais. Ademais, frisa que os próprios compromissos deveriam ser concebidos no plano hipotético, na medida em que acredita que certos princípios poderiam ser aceitos numa situação inicial bem definida. Isto porque, os princípios seriam escolhidos por indivíduos racionais, devendo as concepções de justiça eventualmente colocadas, serem explicadas e justificadas também racionalmente. Por isso, Rawls situa a sua teoria da justiça como uma parte da "teoria da escolha racional".

Sendo assim, a palavra "contrato" deveria sugerir uma dada pluralidade na qual a divisão razoável, proporcional e adequada dos benefícios deveriam se dar de forma aceitável para todas as partes envolvidas. Sobretudo na medida em que, dentre outras coisas, os princípios devem ser aptos para permitir a justa distribuição de benefícios produzidos em razão da cooperação (divisão social do trabalho segundo Marx) entre indivíduos, grupos, classes sociais que usualmente os reivindicam de forma conflituosa.

Diante disso, o contrato pode estabelecer os termos, em torno dos quais, tal conflituosidade possa ser regulada para que, no mínimo, seja capaz de

[193] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 12.

evitar uma situação de permanente antagonismo. Neste sentido, o contratualismo de Rawls afasta-se também do marxismo, na medida em que, admite implicitamente a possibilidade de se regular o antagonismo que opõe a natureza crescentemente socializada da produção à apropriação privada da riqueza. Acredita ser capaz de atingir este resultado por meio de uma solução normativa, regulada pela pluralidade das partes em questão através de acordo ou consenso – o que mais uma vez ressalta a utilidade da terminologia do contrato. Outra questão fundamental diz respeito à transparência em torno dos princípios ajustados, já que a compreensão de contrato traduz *per si* uma idéia de publicidade imprescindível para a afirmação de fundamentos predispostos para a regulamentação de toda a convivência social.

> "O mérito da terminologia contrato é que ela transmite a idéia de que princípios de justiça podem ser concebidos como princípios que seriam escolhidos por pessoas racionais e que assim as concepções de justiça podem ser explicadas e justificadas. A teoria da justiça é uma parte, talvez a mais significativa, da teoria da escolha racional. Mais ainda, os princípios da justiça tratam de reivindicações conflitantes sobre os benefícios conquistados através da colaboração social; aplicam-se às relações entre várias pessoas ou grupos. A palavra "contrato" sugere pluralidade, bem como a condição de que a divisão apropriada de benefícios aconteça de acordo com princípios aceitáveis para todas as partes. A condição de publicidade dos princípios de justiça é também sugerida pela fraseologia contratualista. Assim, se esses princípios são o resultado de um consenso, os cidadãos têm conhecimento dos princípios que os outros seguem. É típico das teorias contratualistas ressaltar a publicidade dos princípios políticos. Finalmente há uma longa tradição da doutrina contratualista. Expressar o vínculo com essa linha de pensamento ajuda a definir idéias e está de acordo com a lealdade natural. Há portanto várias vantagens no uso do termo "contrato". Tomadas as devidas precauções, ele não deveria ser enganoso."[194]

No entanto, Rawls observa que a teoria da justiça como equidade não constitui uma teoria contratualista completa. Não obstante, em sua opinião, possa a idéia contratualista ser estendida à escolha de um sistema ético mais ou menos completo, isto é, um sistema que inclua princípios para todas as virtudes e não apenas para a justiça. Todavia, ele deliberadamente considerou apenas os princípios de justiça e outros estritamente relacionados com eles,

[194] Op. Cit., p. 18.

sem o mérito de discutir as suas virtudes de forma sistemática. Reconheceu também que, na busca por um sistema ético relativamente completo, uma abordagem contratualista teria inevitavelmente que enfrentar algumas dificuldades, como por exemplo, a forma como devemos nos comportar em relação aos animais e o resto da natureza – temática posteriormente enfrentada por representantes do utilitarismo contemporâneo, como Peter Singer.[195]

Uma vez explicitada sua filiação à tradição contratualista, passemos a dissecar os conceitos mais importantes apresentados por Rawls como norteadores de seu entendimento – com destaque para aqueles de grande utilidade para a fundamentação teórico-filosófico do presente trabalho, construído em torno do tema da igualdade e sua correlação com as chamadas "ações afirmativas".

A posição original

De início, ele deixa claro que em sua teoria, a chamada "posição original de igualdade" seria o equivalente do "estado de natureza" da concepção clássica. Traduzida como situação meramente hipotética, teria por objetivo fixar as condições procedimentais necessárias para a formulação consensual de uma dada concepção de justiça.

Diferentemente do contratualismo clássico, não se dirá aqui que os homens nascem iguais (Locke, Rousseau, Kant) ou desiguais (Hobbes) em razão do que quer que seja. Mas que a igualdade deve se colocar como um pressuposto lógico para que os participantes do acordo original possam, em uma situação eqüitativa, agirem de forma imparcial na escolha de princípios que irão reger a vida da sociedade a partir de então. Neste sentido, Rawls afirma que o mais importante seria o desconhecimento por parte dos agentes envolvidos na eleição dos princípios de justiça que regerão seus interesses, posses e dotes naturais.

[195] SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Por isso, a escolha dos princípios de justiça no bojo da posição original deveria se dar sob aquilo que denominou por “véu de ignorância”. Este seria absolutamente imprescindível para garantir-se que ninguém seria beneficiado ou prejudicado pela escolha dos princípios de justiça, seja pelo acaso natural ou pela contingência das circunstâncias sociais. Daí porque, a escolha dos princípios de justiça, deveria surgir como o resultado de um consenso ou ajuste eqüitativo. Este se daria entre indivíduos que ao se colocarem, abstratamente, em uma condição na qual todos poderiam assumir qualquer condição na futura associação política, buscariam de forma racional, fixar certos princípios que repeliriam quaisquer privilégios – que de resto poderiam ser atribuídos a outros que não eles. Em seguida, estabeleceriam as bases de uma convivência igualitária e harmoniosa – visto que, racionalmente, supõe Rawls, ninguém deliberaria por instituir uma situação que poderia acarretar a si próprio e aos seus familiares uma situação de constrangimento e adversidade.

Segundo Rawls, confrontados com o princípio (racional) da incerteza, todos procurariam se resguardar com o objetivo de reduzir ao mínimo a insegurança dela resultante, preferindo uma situação na qual, independentemente da sorte, suas condições elementares de sobrevivência e desenvolvimento estivessem asseguradas – sendo que ao assegurá-la para si, o fariam necessariamente para todos os demais. Neste sentido, justiça e eqüidade não se equivalem propriamente, mas o segundo elemento se coloca como instrumento para a realização do primeiro.

> “Na justiça como eqüidade à posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, como situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência das circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa

> situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste eqüitativo (...) A posição original é, poderíamos dizer, o *status quo* inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são eqüitativos. Isso explica a propriedade da frase "justiça como equidade": ela transmite a idéia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é eqüitativa. A frase não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam a mesma coisa, assim como a frase poesia como metáfora não significa que os conceitos de poesia e metáfora sejam a mesma coisa."[196]

Segundo Rawls a justiça como equidade inicia-se com uma escolha caracterizada pela generalização, a mais abstrata de todas as escolhas que os indivíduos poderiam realizar vivendo em comum. A escolha dos primeiros princípios de uma concepção de justiça, que devem regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições, são também aqueles que terão previamente regulado o processo de escolha de uma determinada Constituição e da legislação que a especificará. Sendo assim, Rawls afirma que a situação social será justa se for tal que, por essa seqüência de consensos hipotéticos, os indivíduos consigam vincular-se por um sistema de regras que a define.

Ainda no plano hipotético acredita que todos poderiam considerar a organização da nova sociedade que daí resultasse como fruto de uma articulação correspondente às condições que eles aceitariam em uma situação inicial capaz de incorporar restrições amplamente reconhecidas e razoáveis de acordo com os princípios escolhidos. Seria a partir do reconhecimento geral desse fato que se obteria a base para a aceitação pública dos princípios correspondentes da justiça. Rawls concorda que, nenhuma sociedade pode constituir-se em um sistema de cooperação, no qual, os homens aceitam voluntária e literalmente todos os termos de um dado acordo ou contrato. Isto porque, é intuitivo que, cada pessoa, ao nascer, se encontra em uma posição particular no interior de uma sociedade específica, e a natureza dessa posição afetaria substancialmente suas perspectivas de vida.[197] Ocorre que, para ele,

---

[196] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 13-14.

[197] "Não nos deveríamos deixar enganar pelas condições algo incomuns que caracterizam a posição original. A idéia aqui é tornar nítidas para nós mesmos às restrições que parece razoável impor a argumentos que defendem princípios de justiça e, portanto, aos próprios princípios. Assim parece razoável e geralmente aceitável que ninguém deva ser favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou

uma sociedade que satisfaça os princípios de justiça como equidade deve aproximar-se ao máximo de um sistema voluntário, no qual pessoas livres e iguais aceitariam participar em circunstâncias eqüitativas.

Por isso, Rawls concebe as partes na situação inicial como racionais e mutuamente desinteressadas. Não ignora o egoísmo das partes, a possibilidade de que algumas pessoas estejam interessadas exclusivamente por dinheiro, ou prestígio e poder. Mas a questão fundamental reside no fato de que elas devem ser concebidas como "pessoas que não tem interesse no interesse das outras". Isto decorreria do fato de que, qualquer indivíduo, é capaz de perceber ou ao menos supor que até os seus postulados espirituais poderiam sofrer oposição, como de resto, todos os que professam religiões diferentes poderiam opor resistência uns aos outros. Tal situação, só poderia ser evitada pela aceitação do primeiro princípio de justiça, já referido a pouco, e cujas características serão retomadas e aprofundadas mais a frente. Por isso, o conceito de racionalidade deveria ser interpretado, tanto quanto possível, em sentido estrito, segundo o padrão assente na teoria política ocidental (Weber) de adequação de meios a fins.[198]

Na busca por uma descrição mais adequada da situação inicial Rawls trabalha a partir de dois extremos. Inicialmente descreve o modo pelo qual ela venha a representar posições geralmente partilhadas e preferivelmente genéricas, avaliando se tais condições possuiriam força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Caso a resposta obtida seja negativa, diz que devemos procurar outras premissas igualmente razoáveis. No entanto, em caso afirmativo, caso esses princípios correspondam às nossas

---

por circunstâncias sociais em decorrência da escolha de princípios. Também parece haver amplo consenso sobre o fato de que seria impossível adaptar princípios às condições de um caso pessoal. Mais ainda, deveríamos garantir que inclinações e aspirações particulares e concepções individuais sobre o bem não afetarão os princípios adotados. O objetivo é excluir aqueles princípios cuja aceitação de um ponto de vista racional só se poderia propor, por menor que fosse sua probabilidade de êxito, se fossem conhecidos certos fatos que do ponto de vista da justiça são irrelevantes. Por exemplo, se um homem soubesse que era rico, ele poderia achar racional defender o princípio de que vários impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, com grande probabilidade proporia o princípio contrário. Para representar as restrições desejadas imagina-se uma situação na qual todos estejam privados desse tipo de informação. Fica excluído o conhecimento dessas contingências que criam disparidades entre os homens e permitem que eles se orientem pelos seus preconceitos. Desse modo chega-se ao véu de ignorância de maneira natural. O conceito não deve causar nenhuma dificuldade se tivermos em mente as restrições aos argumentos que expressa. A qualquer momento podemos utilizar a posição original, por assim dizer, simplesmente obedecendo a um certo procedimento, isto é, argumentando em defesa de princípios da justiça de acordo com essas restrições". Op. Cit., p. 20-21.

[198] WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México, DF: Fondo de Cultura Econômica, 2004.

ponderadas convicções sobre a justiça, teríamos aí uma indicação de que até então estaríamos corretos. Não se deve também desconhecer a inevitabilidade de encontrarem-se discrepâncias, caso em que se pode optar por modificar a avaliação da situação inicial ou revisar os juízos atuais – uma vez que até mesmo julgamentos provisoriamente tomados como pontos fixos estariam sujeitos à revisão.

Através deste procedimento, marcado por avanços e recuos, procede-se ora alterando as condições das circunstâncias em que se deve obter o acordo original, noutras vezes, modificando nossos juízos e conformando-os com novos princípios. Dessa forma, supõe Rawls que acabaremos encontrando a configuração da situação inicial que ao mesmo tempo seja expressão de pressuposições razoáveis e produza princípios que combinem com nossas convicções devidamente apuradas e ajustadas. É nesse ponto que Rawls introduz um importante conceito, o de "***equilíbrio reflexivo***".

Tratar-se-ia de um "equilíbrio" na medida em que finalmente nossos princípios e opiniões coincidiriam. E seria "reflexivo" porque saberíamos com quais princípios nossos julgamentos se conformariam com o conhecimento das premissas das quais derivam.[199] Neste ponto tudo então estaria em ordem. Mas isto não quer dizer que o equilíbrio seria também estável. Pelo contrário, estaria sujeito a perturbações provocadas por um outro exame das condições que se poderia impor a situação contratual e por casos particulares que poderiam nos levar a revisão dos nossos julgamentos.

Rawls nos diz que podemos pensar na interpretação da posição original como sendo o resultado desse tipo de roteiro hipotético de reflexão. Tal modelo representaria a tentativa de acomodar em um único sistema, tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios, quanto os nossos juízos ponderados sobre a justiça. Na busca por uma interpretação adequada da situação inicial procurou evitar a noção tradicional ("cartesiana") de "evidência", tanto no que diz respeito às concepções gerais, quanto no que diz respeito às convicções particulares. Não pretendeu conferir aos princípios de

[199] "Do ponto de vista da teoria ética, a melhor explicação do senso de justiça de uma pessoa não é a que combina suas opiniões emitidas antes que ela examine qualquer concepção de justiça, mas sim a que coordena os seus juízos em um equilíbrio refletido. Como vimos, esse estado é aquele que se atinge depois que uma pessoa avaliou várias concepções propostas e decidiu ou revisar seus juízos para

justiça propostos a natureza de verdades necessárias ou a suposição de que os mesmos derivariam desse tipo de verdade. Isso porque acredita que uma concepção de justiça não poderia ser deduzida de premissas axiomáticas ou de pressupostos impostos aos princípios. Em sua opinião, tratar-se-ia de um problema de corroboração mútua entre muitas considerações, e de ajuste de todas as partes em uma única visão coerente.

Enfim, percebemos que através do conceito de situação inicial Rawls construiu basicamente um recurso de exposição, por meio do qual incita qualquer interlocutor a dialogar e a justificar suas concepções acerca da justiça por meio de uma situação hipotética como a por ele descrita em torno desse conceito.

> "Um comentário final. Queremos dizer que certos princípios de justiça se justificam porque foram aceitos consensualmente numa situação inicial de igualdade. Tenho enfatizado que essa posição original é puramente hipotética. Se esse consenso jamais acontece de fato, é natural perguntar por que deveríamos nos interessar por esses princípios, morais ou de outra natureza. A resposta é que as premissas incorporadas na descrição da posição original são premissas que de fato aceitamos. Ou, se não as aceitamos, talvez possamos convencer-nos a fazê-lo mediante o raciocínio filosófico. Pode ser demonstrado o fundamento de cada aspecto da situação contratual. Assim, o que faremos é juntar num único conceito um número de postulados para os princípios que, após as devidas reflexões, estaremos dispostos a aceitar como razoáveis. Essas restrições expressam aquilo que estamos prontos a considerar como limites em termos eqüitativos de cooperação social. Uma forma de considerar a idéia da posição original é, portanto, vê-la como um recurso de exposição que resume o significado desses postulados e nos ajuda a extrair suas conseqüências. Por outro lado, essa concepção é também uma noção intuitiva que sugere sua própria elaboração, de modo que, conduzidos por ela, somos levados a definir mais claramente o ponto de vista a partir do qual podemos melhor interpretar as condutas morais da forma mais adequada."[200]

A partir desse ponto, para que possamos prosseguir na caracterização dos termos mais importantes da teoria da justiça como eqüidade precisamos discorrer um pouco sobre a idéia de "véu de ignorância" – elemento fundamental para a caracterização da chamada situação inicial.

---

conformar-se com um deles ou manter-se firme nas próprias convicções iniciais (e na concepção correspondente)." RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 52.

O véu de ignorância

De início, parece já evidente que também aqui temos basicamente um recurso de exposição. Ao tomar a idéia de posição original, nos parece que Rawls procurou estabelecer um processo eqüitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam tidos como justos. Seu objetivo foi utilizar a noção de justiça procedimental pura como fundamento de sua teoria. Isto por acreditar que, de algum modo, deveríamos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, com o intuito de fazê-los explorar algumas circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Foi com este propósito que ele situou as partes por detrás de um "véu de ignorância".

Neste plano, elas desconhecem as várias alternativas que irão afetar o seu caso particular, sendo obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base em considerações gerais. Supõe-se, portanto, que as partes ignoram certos tipos de fatos particulares. De início, a ninguém seria dado saber qual seria o seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou *status* social. Ninguém conheceria também a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, etc. Indo além, Rawls estabelece que a ninguém seria sequer dado conhecer uma concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional, ou mesmo os traços característicos de sua psicologia, como aversão ao risco ou tendências ao otimismo ou ao pessimismo.

Admite que neste caso, as pessoas deveriam ignorar até mesmo as circunstâncias particulares de sua sociedade, ignorando sua posição política e econômica, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de instituir. Indo mais longe ainda, para Rawls, na posição original as pessoas não possuiriam informações acerca da geração à qual pertencem. Afirma que essas restrições mais amplas impostas ao conhecimento dos agentes envolvidos na situação inicial seriam apropriadas na medida em que questões de justiça social surgem

---

[200] Op. Cit., p. 24.

entre gerações e também dentro delas (conflitos intergeracionais e intrageracionais). Utiliza como exemplo questões referentes à taxa apropriada de poupança de capital, a conservação de recursos naturais e ambientais e até mesmo questões referentes a uma política genética razoável. Mesmo diante de tais situações as partes deveriam ignorar as contingências que as colocam em oposição, e assim, escolhendo princípios cujas conseqüências estariam preparadas para aceitar, não importando a classe ou geração a que venham a pertencer.

Rawls admite um único fato particular que as partes conheceriam: sua sociedade estaria sujeita às circunstâncias da justiça e qualquer conseqüência que possa decorrer disso. Não obstante, admite como um dado que elas conhecem fatos genéricos sobre a sociedade humana. Elas entenderiam as relações políticas e os princípios da teoria econômica; conhecem a base da organização social e as leis que regeriam a psicologia humana. Enfim, presume-se que as partes conheceriam quaisquer fatos genéricos capazes de afetar a escolha dos princípios de justiça, não lhe sendo ocultado nenhum fato genérico de relevância – visto que uma concepção de justiça deve ser o fundamento público dos termos da cooperação social.

Ao defender sua concepção acerca do véu de ignorância, Rawls se vê na contingência de rebater diversas objeções. Inicialmente, procurou demonstrar que, diante das leis da psicologia moral, seria uma consideração contra uma concepção de justiça pensar que os homens não sentiriam um desejo de agir de acordo com a justiça, mesmo quando as instituições de sua sociedade a satisfizessem. Segundo ele, haveria em uma situação como essa dificuldade em assegurar a estabilidade da cooperação social, já que uma característica importante de qualquer concepção de justiça seria a de que ela deve gerar a sua própria sustentação. Nestes termos, seus princípios deveriam ser tais que, uma vez incorporados na estrutura básica da sociedade, faria com que os homens buscassem adquirir o senso de justiça correspondente, desenvolvendo um desejo de agir de acordo com esses princípios – termos em que uma concepção de justiça poderia ser considerada estável. Mas a noção de véu de ignorância enfrentaria ainda outras objeções, como a alegação de que a exclusão de quase todas as informações particulares dificultaria o entendimento do significado da posição original. Rawls responde a tal questão

afirmando simplesmente que podemos afastar tal consideração observando que um ou mais indivíduos podem, a qualquer tempo, passar a ocupar essa posição, ou, o que para ele seria até melhor, simular as deliberações que seriam tomadas nessa situação hipotética, simplesmente raciocinando de acordo com as restrições apropriadas. Diz então que na avaliação dos princípios devemos proceder nos termos das conseqüências gerais de seu reconhecimento público e aplicação universal, supondo-se que obedecerão a eles.

> "Ora, as razões para recorrermos ao véu de ignorância ultrapassam a mera simplicidade. Queremos definir a posição original de modo a chegarmos à solução desejada. Se for permitido um conhecimento das particularidades, o resultado será influenciado por contingências arbitrárias. Como já foi observado, dar a cada um de acordo com o seu poder de ameaçar não é um princípio de justiça. Para que a posição original gere acordos, as partes devem estar situadas de forma eqüitativa e devem ser tratadas de forma igual como pessoas éticas. A arbitrariedade do mundo deve ser corrigida por um ajuste das circunstâncias na posição contratual inicial. Além disso, se na escolha dos princípios, exigíssemos a unanimidade mesmo quando há um pleno conhecimento das informações, apenas alguns casos muito óbvios poderiam ser decididos. Nesse caso, uma concepção de justiça baseada na unanimidade seria de fato frágil e irrelevante. Mas, uma vez excluído o conhecimento, a exigência da unanimidade não é imprópria. Oferece-nos a possibilidade de afirmar que a concepção da justiça aqui privilegiada representa uma genuína conciliação de interesses."[201]

Ultrapassada a caracterização de conceitos introdutórios à teoria da justiça como eqüidade de John Rawls, passemos agora à discussão do campo conceitual mais importante de sua formulação: os "dois princípios de justiça". De fato, muito já falamos deles até aqui – e seria impossível não falar como condição para tornar compreensível todo o plano teórico elaborado por Rawls. No entanto, discorreremos agora com mais vagar sobre suas principais características e atribuições.

Os dois princípios de justiça

[201] Op. Cit., p. 152.

Esses princípios seriam inicialmente adotados como fundamento de normatividade para a estrutura básica da sociedade, seriam eles os responsáveis pela atribuição de direitos e deveres e regulariam as vantagens econômicas e sociais. A sua formulação pressupõe que para os propósitos de uma teoria da justiça, a estrutura social seja considerada como tendo duas partes mais ou menos distintas, com o primeiro princípio se aplicando a uma delas e o segundo a outra. Procura então estabelecer uma distinção entre os aspectos do sistema social que definiriam e assegurariam liberdades básicas iguais e os aspectos que especificam e estabelecem as desigualdades econômicas e sociais. Seria essencial, em sua opinião, a possibilidade de determinação por meio de uma "lista", dessas liberdades. Segundo o autor, a mais importante dentre todas elas seria a liberdade política, sendo que nela inclui o direito de votar e o de ocupar um cargo público, bem como, a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento. Também as liberdades pessoais, nas quais se incluiriam a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (direito à integridade física). O direito à propriedade privada (com a ressalva já anteriormente posta em relação à propriedade privada dos meios de produção), bem como, a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias (desdobramentos naturais do Estado de direito). De conformidade com o primeiro princípio de justiça, todas essas liberdades devem ser iguais para todos.

Segundo Rawls, em uma primeira aproximação, o segundo princípio se aplicaria à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. Neste sentido, afirma que, não obstante a distribuição de renda e de riqueza não precisar ser igual, esta deveria ser vantajosa para todos, da mesma forma que, todos deveriam ter garantido o direito de acesso às posições de autoridade e de responsabilidade. Aplicar-se-ia o segundo princípio, mantendo inicialmente as posições abertas e, em seguida, respeitado esse limite, admitir-se-iam as desigualdades econômicas e sociais na medida em que todos delas pudessem se beneficiar.

A partir desse ponto Rawls estabelece um elemento de hierarquia na relação entre os princípios, uma ordenação assimétrica, inflexível, por ele

denominada por “ordenação serial” ou “ordem lexical”, segundo a qual, não se admitiria, em hipótese alguma, a violação das liberdades básicas tuteladas pelo primeiro princípio tendo por justificação ou compensação a concessão de maiores vantagens econômicas e sociais. Como já havíamos mencionado na introdução desse tópico, trata-se de um dispositivo conceitual que, ao menos aparentemente, destina-se a uma espécie de demarcação de campo ou de limite com a experiência histórica do “socialismo real”. Visto que, neste, ao menos hipoteticamente, se justificou a restrição às liberdades políticas como um preço a ser pago pela maior atribuição de vantagens econômicas e sociais. Por outro lado, trata-se também do resgate, com conotação universalista, de uma pauta de direitos fundamentais que, não obstante tenham sido introduzidos na consciência política do ocidente pela burguesia e pelo pensamento liberal, incorporaram-se de forma definitiva ao patrimônio histórico da civilização. Daí não se admitir, em razão do seu conteúdo (formal e material), qualquer tipo de relativização – a não ser pelo cotejo com outros direitos fundamentais de igual natureza.

> “Esses princípios devem obedecer a uma ordenação serial, o primeiro antecedendo o segundo. Essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Essas liberdades têm um âmbito central de aplicação dentro do qual elas só podem ser limitadas ou comprometidas quando entram em conflito com outras liberdades básicas. Uma vez que podem ser limitadas quando se chocam umas com as outras, nenhuma dessas liberdades é absoluta; entretanto, elas são ajustadas de modo a formar um único sistema, que deve ser o mesmo para todos.”[202]

Segundo Rawls, a injustiça, se constituiria simplesmente em razão de desigualdades que não beneficiam a todos. Mas a teoria da justiça como eqüidade excluiria qualquer permuta entre liberdades básicas e ganhos socais e econômicos, daí porque, organiza os dois princípios em ordem serial. Segundo ele, a vantagem desse procedimento residiria no reconhecimento *ab initio* das prioridades, demonstrado de saída um esforço na busca de princípios para lidar com essa situação. Seríamos então levados a observar integralmente

[202] Op. Cit., p. 65.

as condições em que será razoável admitir o peso absoluto da liberdade em relação às vantagens sociais e econômicas, de conformidade com o estabelecido de acordo com a ordenação serial dos princípios.

Outra questão relevante diz respeito ao fato dos dois princípios poderem ser aplicados a instituições. De início, os direitos e liberdades básicas a que se referem os princípios, seriam aqueles definidos pelas regras públicas da estrutura básica. Seriam direitos e deveres, estabelecidos pelas mais importantes instituições da sociedade, que determinariam se os homens seriam livres ou não. Neste sentido, a liberdade constituiria um certo padrão de formas sociais. Dessa forma, o primeiro princípio simplesmente exigiria que certos tipos de regras, aquelas definidoras das liberdades básicas, se aplicassem igualmente a todos, permitindo a liberdade mais abrangente, desde que compatível com uma igual liberdade para todos. Sendo assim, o único motivo para circunscrever as liberdades básicas e torná-las menos abrangentes seria como dito a pouco, o risco de algumas delas interferirem nas outras.

Segundo Rawls, quando os princípios mencionam pessoas, ou exigem que todos lucrem com as desigualdades, sua referência se situa sobre o que denomina por “pessoas representativas”, aquelas que ocupam as várias posições sociais ou cargos estabelecidos pela chamada estrutura básica da sociedade. Por isso, ao aplicar o segundo princípio, ele supõe que seja possível atribuir uma expectativa de bem-estar a indivíduos representativos que ocupam essas posições. Essa expectativa indicaria as perspectivas de vida consideradas a partir da posição social dessas pessoas. Ele acredita que a expectativa das pessoas representativas dependeria da distribuição de direitos e deveres por toda a estrutura básica. Essas expectativas estariam vinculadas, de forma que, ao se elevar as perspectivas do homem representativo em uma posição, por suposição, aumentaríamos ou diminuiríamos as perspectivas dos representantes de outras posições. Na medida em que tal raciocínio se aplica às formas institucionais, o segundo princípio (segundo Rawls a primeira parte dele) se refere às expectativas de indivíduos representativos, sendo que nenhum dos dois princípios se aplicariam a distribuições de determinados bens a indivíduos particulares que poderiam ser identificados por seus próprios nomes. Assim sendo, a situação em que alguém estaria procurando uma maneira de distribuir alguns bens básicos a pessoas necessitadas de que tem

conhecimento não seria alcançada pelos princípios. Estes, só se proporiam a regular os sistemas institucionais básicos.

> "O segundo princípio insiste que cada pessoa se beneficie das desigualdades permissíveis na estrutura básica. Isso significa que cada homem representativo definido por essa estrutura, quando a observa como um empreendimento em curso, deve achar razoável preferir as suas perspectivas com a desigualdade às suas perspectivas sem ela. Não se permite que as diferenças de renda ou de posições de autoridade e responsabilidade sejam justificadas pela alegação de que as desvantagens de uns em uma posição sejam compensadas pelas maiores vantagens de outros em posições diferentes. Muito menos ainda podem infrações à liberdade ser contrabalançadas desse modo. Entretanto, é óbvio que há infinitas maneiras de todos poderem ter vantagens quando a organização inicial de igualdade é tomada como um ponto de referência."[203]

Rawls faz questão de ressaltar a natureza ambígua de expressões do tipo "vantajosas para todos" e "igualmente abertos a todos", deixando claro que cada uma das partes do segundo princípio teria dois sentidos correntes. Mais ainda, devido ao fato desses sentidos serem independentes um do outro, cada princípio teria na verdade quatro significados possíveis. Esquematiza então três planos de interpretação: a) sistema de liberdade natural; b) igualdade liberal; c) a igualdade democrática. Mesmo reconhecendo a atribuição de tal seqüência como resultado de uma mera intuição, diz ele que a elaboração de uma teoria da justiça como eqüidade requer a opção por uma interpretação preferível, adotando então a da igualdade democrática.

No entanto, ao comentar a primeira interpretação (sistema de liberdade natural), deduz dela uma interpretação da primeira parte do segundo princípio, retirando daí aquilo que denominou por "princípio da eficiência", ajustado de modo a se aplicar a instituições no âmbito da estrutura básica da sociedade. Já a segunda parte do segundo princípio neste primeiro plano interpretativo foi compreendida como um sistema social aberto, no qual, as "carreiras" instituidoras das posições atribuídas às pessoas representativas estariam franqueadas aos talentos ("meritocracia").

Abstratamente, supõe que em todas as interpretações, em todos os planos configurados, o primeiro princípio referente à liberdade igual será

[203] Op. Cit., p. 69.

satisfeito, sendo que a economia seria, grosso modo, caracterizada como um sistema de mercado livre – ainda que os meios de produção possam ser ou não apropriados privadamente. Segundo Rawls, raciocinando sob o plano do sistema de liberdade natural, teríamos que uma estrutura básica que satisfaz o princípio da eficiência, mantendo abertas às posições para aqueles que se mostrem capazes e dispostos a lutar por elas, será o plano mais apto a conduzir a uma justa distribuição dos bens primários. Admite-se nesse contexto, que a atribuição de direitos e deveres por esse mecanismo resultaria em um esquema de distribuição de riqueza, renda, autoridade e responsabilidade, de modo eqüitativo, não importando qual seja o resultado particular, em concreto, da distribuição. Neste sentido, introduz um elemento teórico de vital importância, denominado por "justiça procedimental pura" – que também estaria presente nos outros planos interpretativos.[204]

O princípio da eficiência poderia ser aplicado à estrutura básica em referência às expectativas dos chamados "homens representativos". Neste sentido, uma dada organização de direitos e deveres nesta estrutura básica seria eficiente na medida em que fosse impossível mudar as regras, redefinir o esquema de direitos e deveres de modo a aumentar as expectativas de qualquer dos homens representativos (ao menos um deles) sem ao mesmo tempo diminuir a expectativas de um outro homem representativo. As alterações, nunca é demais recordar, também não poderiam ser implementadas de forma a violar o primeiro princípio (liberdade igual) ou a

[204] Ao incorporar em suas análises o princípio da eficiência, Rawls procurou esclarecer as suas características filiando sua adesão ao conceito proposto por Pareto (Vilfredo. *Manuel d´economie politique*. Paris: 1909), conhecido como princípio do "ótimo de Pareto". Rawls afirma preferir o termo "eficiência" ao vocábulo "ótimo" ou "otimização", utilizado originalmente pelo economista italiano. Tal princípio, inicialmente, era voltado para configurações particulares de um sistema econômico, destinado, por exemplo, a avaliação de processos de distribuição de bens entre consumidores ou a modos de produção. Por meio dele se afirma que uma configuração seria tida por ótima ou eficiente sempre que fosse impossível alterá-la de modo a fazer com que algumas pessoas (ao menos uma) melhorem a sua situação sem que, ao mesmo tempo, outras pessoas (ao menos uma também) piorem a sua. Neste sentido, uma distribuição de um estoque de mercadorias é eficiente se não existe redistribuição dessas mercadorias que melhore a situação de pelo menos um desses indivíduos sem que um outro fique em desvantagem. A organização da produção seria eficiente se não houvesse uma outra forma de alterar os insumos a fim de aumentar a produção de algum bem sem que se diminua a produção do outro. Isto quer dizer que, se fosse possível obter uma maior quantidade de um determinado bem sem termos que nos privar de um outro, o maior estoque de bens poderia ser usado para melhorar a situação de algumas pessoas sem piorar a condição de outras. A contrário *sensu*, uma distribuição de bens ou um esquema de produção seria ineficiente quando existissem modos de fazer algo ainda melhor para alguns indivíduos sem fazer nada pior para os outros. Rawls presume que, na posição original, a partes aceitariam esse princípio para avaliar a eficiência das organizações sociais e econômicas.

exigência de posições abertas, admitindo-se apenas, a distribuição de renda e riqueza e o modo pelo qual aqueles em posição de autoridade e responsabilidade regulariam as atividades cooperativas. Desde que respeitosas em relação às restrições impostas pelo primeiro princípio quanto à liberdade e acessibilidade, permitir-se-ia a alocação desses bens primários de forma a modificar as expectativas dos indivíduos representativos.

Ocorre que, não obstante Rawls admita a introdução do princípio da eficiência como um elemento necessário e relevante para a organização da estrutura básica da sociedade, denuncia também a sua insuficiência para efeitos de promoção da justiça, e a possibilidade de, em razão de sua utilização isolada, chegar-se a resultados absurdos. Isto porque, não podemos fingir que, do ponto de vista da justiça, não importaria o fato de um entre vários homens possuir tudo. Ou sob certas condições, por exemplo, em um regime de servidão, não se possa modificá-lo de forma significativa em razão da diminuição das expectativas de algum homem representativo como os proprietários de terra, sob o pretexto de que tal regime de servidão seria eficiente. Da mesma maneira, dir-se-ia que sob as mesmas condições um sistema de trabalho livre não poderia ser mudado sem diminuir as expectativas de algum outro homem representativo e, portanto, esse arranjo seria igualmente eficiente. Nesse sentido, cada um dos extremos seria igualmente eficiente, mas isso não quer dizer que poderiam ser considerados justos.[205]

Rawls conclui o seu argumento acerca do sistema de liberdade natural afirmando que nele a distribuição inicial seria regulada pela organização implícita na concepção de carreiras abertas a talentos, sendo que, essa organização pressuporia uma base de liberdade igual de acordo com o especificado no primeiro princípio, e uma economia de livre mercado. Ela

[205] "Essas reflexões demonstram apenas o que sempre soubemos, ou seja, que o princípio da eficiência sozinho não pode servir como uma concepção de justiça. Portanto, é preciso completá-lo de alguma forma. No sistema de liberdade natural o princípio da eficiência é restringido por certas instituições básicas; quando essas restrições são respeitadas qualquer distribuição eficiente resultante é aceita como justa. Falando de forma aproximativa, o sistema de liberdade natural seleciona uma distribuição eficiente como segue: suponhamos que sabemos, com base na teoria econômica, que, nas condições padronizadas que definem uma economia de mercado competitiva, a renda e a riqueza serão distribuídas de um modo eficiente, e que a distribuição eficiente particular resultante em qualquer período é determinada pela distribuição inicial de ativos, ou seja, pela distribuição inicial de renda e riqueza, e de talentos e habilidades naturais. Com cada distribuição inicial, chega-se a um resultado eficiente. Dessa forma, se devemos aceitar o resultado como justo, e não apenas como eficiente, devemos também aceitar a base sobre a qual, ao longo do tempo, a distribuição inicial de ativos é determinada." Op. Cit., p. 75-76.

exigiria uma igualdade meramente “formal” de oportunidades, no sentido de que todos teriam pelo ao menos os mesmos direitos legais de acesso a todas as posições sociais privilegiadas. No entanto, chama a atenção para o fato de não existir esforço algum para preservar uma igualdade, ou mesmo similaridade, de condições sociais, a não ser naquilo que seja necessário para preservar instituições básicas indispensáveis. Todavia, a distribuição inicial dos ativos para cada período de tempo seria fortemente influenciada pelas contingências naturais e sociais. Neste sentido, a distribuição de renda e de riqueza seria o resultado de um efeito cumulativo de distribuições anteriores de “ativos naturais” – talentos e habilidades naturais – sendo que sua utilização ou não seria favorecida ou desfavorecida ao longo do tempo por circunstâncias sociais e eventualidades fortuitas decorrentes de acidente ou boa-sorte. Sendo assim, segundo Rawls, “a mais óbvia injustiça do sistema de liberdade natural é que ele permite que a distribuição das porções seja influenciada por esses fatores tão arbitrários do ponto de vista ético”.

Em seguida Rawls passa a comentar o segundo plano de interpretação, por ele denominado por “interpretação liberal”. Tal plano interpretativo teria por ambição corrigir as distorções apontadas pelo “sistema de liberdade natural”, acrescentando à exigência de carreiras abertas a talentos a condição adicional de uma “eqüitativa igualdade”. Segundo este segundo plano, as posições não deveriam estar abertas apenas sob uma perspectiva formal, mas deveriam se preocupar em produzir as condições necessárias para que todos tivessem uma oportunidade, em condições eqüitativas com os demais, para poder atingi-las. Rawls ressalta que a primeira vista não fica muito claro como se pretende atingir esse objetivo, mas supõe que aqueles com habilidades e talentos semelhantes deveriam ter chances semelhantes na vida. Ou seja, supondo que exista uma distribuição de dotes naturais, os que estão no mesmo nível de talento e habilidade, e possuem a mesma disposição para utilizá-los, deveriam ter as mesmas perspectivas de sucesso, independentemente de seu lugar inicial no sistema social. Em suma, as expectativas, daqueles dotados das mesmas habilidades e aspirações não deveriam ser afetados por sua classe social.

Nesses termos, a interpretação liberal dos dois princípios buscaria mitigar a influência das contingências sociais e da boa sorte sobre a

distribuição da renda e das honrarias na sociedade. Para atingir tal objetivo seria necessário impor ao sistema social algumas condições básicas adicionais. Estas por sua vez, seriam estabelecidas a partir de adaptações do livre mercado, no interior de uma rede de instituições políticas e legais que regulariam as tendências globais dos eventos econômicos e preservasse as condições sociais necessárias para a igualdade eqüitativa das oportunidades. Sendo assim, para além de se buscarem medidas legais visando reduzir a possibilidade de acúmulo excessivo de propriedade e de riqueza, o mais importante seria garantir-se que as oportunidades para se atingir conhecimento cultural e qualificações não deveriam depender da posição de classe de uma pessoa, e assim, o sistema escolar, seja ele público ou privado, deveria destinar-se a eliminar barreiras de classe.

Não obstante reconheça avanços na interpretação liberal em relação ao sistema de liberdade natural, Rawls também o descarta por entender que, no final das contas, ela também mantém intocada toda a base de sortilégios acidentais, oriundos agora da natureza, e que, de um ponto de vista ético-moral, não poderiam coadunar-se com a idéia de uma justiça eqüitativa. Ou para usar literalmente uma expressão de Rawls, a interpretação liberal mantém um sistema fundado em uma espécie de “loteria natural”, o que nos obrigaria a buscar outro plano interpretativo, para a realização da justiça como eqüidade, com base nos dois princípios aceitos no âmbito da situação inicial.

> “Embora a concepção liberal pareça claramente preferível ao sistema de liberdade natural, intuitivamente ela ainda parece defeituosa. Em primeiro lugar, mesmo que funcione perfeitamente, eliminando a influência das contingências sociais, ela ainda permite que distribuição de renda e riqueza seja influenciada pela distribuição natural de habilidades e talentos. Dentro dos limites permitidos pelas organizações básicas, a distribuição das frações, é decidida pelo resultado da loteria da natureza; e, de uma perspectiva ética, esse resultado é arbitrário. Não há mais motivos para permitir que a distribuição de renda e riqueza obedeça à distribuição de dotes naturais do que para aceitar que ela se acomode à casualidade histórica ou social. Além do mais, o princípio das oportunidades eqüitativas, só pode ser realizado de maneira imperfeita, pelo menos enquanto existir algum tipo de estrutura familiar. A extensão do desenvolvimento e da função das capacidades naturais é afetada por todos os tipos de condições sociais e atitudes de classe. Mesmo a disposição de fazer um esforço, de tentar, e de ser assim merecedor, no sentido comum do termo, em si mesma

> depende de circunstâncias sociais e familiares felizes. Na prática, é impossível assegurar oportunidades iguais de realização e de cultura para os que receberam dotes semelhantes e, portanto, talvez se prefira adotar um princípio que reconheça esse fato e também mitigue os efeitos arbitrários da própria loteria natural. O fato de a concepção liberal fracassar nesse ponto nos encoraja a buscar uma outra interpretação para os dois princípios da justiça."[206]

Ao criticar esse segundo plano interpretativo para os dois princípios de justiça, Rawls aproveita para fazer referência ao que chamou de "aristocracia natural". Segundo essa concepção, não se faria tentativa alguma de regular às contingências sociais além do que se exige pelos postulados da igualdade formal de oportunidades, sendo que, em sua opinião, as vantagens das pessoas com maiores dotes naturais deveriam limitar-se àqueles que promovem o bem das pessoas mais pobres da sociedade. Segundo o autor, a concepção liberal e seu desdobramento prático no plano de uma "aristocracia natural" (concepção esta, muito próxima da visão platônica exposta no início desse trabalho) seriam instáveis, uma vez que, os indivíduos, seriam perturbados pela influência de qualquer dos dois elementos (contingência social ou acaso natural) na determinação das parcelas distributivas. Sendo assim, a partir de uma perspectiva moral, as duas posições, seriam igualmente arbitrárias.

Segundo Rawls, tomando-se por base uma teoria contratualista, todas as demonstrações deveriam ser construídas em termos do que seria racional aceitar na posição original. Busca-se encontrar para os dois princípios de justiça uma interpretação que trate todos igualmente como pessoas morais. Recusa-se então a medir a parte de cada homem nos benefícios e encargos da cooperação social em razão da sua fortuna social ou de sua sorte na loteria natural. Por isso, acredita que o que denominou por "interpretação democrática" seria a melhor escolha entre as alternativas postas.

A "igualdade democrática" seria atingida por meio da combinação do "princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades" com o "princípio da diferença". Caberia a este último princípio, eliminar a indeterminação do princípio da eficiência, elegendo uma posição particular a partir da qual as desigualdades econômicas e sociais da estrutura básica deveriam ser julgadas.

---

[206] Op. Cit., p. 78.

Levando-se em consideração a estrutura das instituições, necessárias para se garantir a liberdade igual e a igualdade eqüitativa de oportunidades, as maiores expectativas daqueles que se encontram em uma melhor situação seriam justas se, e somente se, funcionarem como parte de um esquema por meio dos qual se obtêm uma melhora nas expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade. Parte-se então da intuição, segundo a qual, a ordem social não deveria estabelecer e assegurar as perspectivas mais atraentes dos que estão em melhores condições a não ser que, assim agindo, tal conduta implique também na atribuição de vantagens para os menos afortunados.

Com o intuito de melhor ilustrar o princípio da diferença, Rawls toma em consideração a distribuição de renda entre as classes sociais. Imaginando uma situação em que os vários grupos pertencentes a diferentes faixas de renda estejam relacionados a indivíduos representativos, e que em referência às expectativas destes últimos, se possa julgar a distribuição, considera-se que aqueles que de início são membros da classe empresarial na democracia com propriedade privada possuem melhores perspectivas do que aqueles que de início estejam na classe dos trabalhadores não especializados. Rawls acredita que tal perspectiva deverá se manter mesmo que as atuais injustiças sociais venham a ser eliminadas, e por isso, indaga sobre o que poderia justificar esse tipo de desigualdade inicial nas perspectivas de vida de indivíduos representativos.

Por outro lado, segundo ele, de acordo com o princípio da diferença, a desigualdade é justificável quando a desigualdade de expectativas for vantajosa para o homem representativo que estiver em piores condições – que no exemplo em questão seria o trabalhador não-especializado. Por suposto, a desigualdade de expectativas seria justificável somente se sua diminuição tornasse a classe trabalhadora ainda mais desfavorecida. Supõe-se, todavia, que dada à cláusula do segundo princípio, referente às posições abertas e ao princípio da liberdade, de uma maneira geral, as maiores expectativas admitidas à classe empresarial, os encorajaria a empreender ações que elevariam as perspectivas dos trabalhadores em geral. Melhores perspectivas para os que já estão em uma melhor situação, neste caso, funcionariam como incentivos para que o processo econômico se torne mais eficiente. Com isso, forja-se uma situação na qual se procura fazer com que a inovação seja

instaurada em um ritmo mais acelerado, o que contribuíra, em tese (Rawls faz questão de dizer que não estava considerando naquele momento se tal posição, de fato, corresponde à verdade) para a melhoria das expectativas de todos.

Com base nessas considerações, avança-se sobre algumas hipóteses. Pela primeira, as expectativas dos menos favorecidos estariam de fato maximizadas, e nenhuma mudança, nas expectativas daqueles que estão em melhor posição, poderia melhorar a situação dos menos favorecidos. Ter-se-ia então aquilo que Rawls denominou como “esquema perfeitamente justo”. Pela segunda hipótese, as expectativas de todos os mais favorecidos contribuem para o bem-estar dos menos favorecidos, de forma que, se as expectativas dos primeiros fossem reduzidas, as perspectivas dos que estão em piores condições se reduziriam automaticamente. Todavia, nesta segunda hipótese, ainda não se atingiu um grau máximo de realização, de forma que, expectativas ainda mais elevadas para os mais favorecidos elevariam as expectativas daqueles que estão na posição mais baixa. Segundo Rawls, tal esquema seria totalmente justo, mas não levaria a uma organização social justa.

Diz-nos então que um esquema é injusto quando uma ou mais das maiores expectativas são excessivas. Caso essas expectativas fossem diminuídas, a situação dos menos favorecidos seria necessariamente melhorada. Neste sentido temos que, a medida de injustiça de um ordenamento dependerá da intensidade das expectativas mais altas e da extensão em que sua realização venha a depender da violação dos outros princípios de justiça – tais como a igualdade eqüitativa de oportunidades.

Não obstante seja o princípio da diferença, um princípio maximizador, existiria uma diferença significativa entre os casos que não atinjam a melhor ordenação, de forma que, uma dada sociedade, deveria evitar situações nas quais as contribuições marginais dos mais favorecidos venham a ser negativas. Uma vez que, permanecendo todas as demais coisas iguais, isso se apresentaria como um erro, ainda mais grave, do que não se atingir o melhor esquema quando as contribuições sejam positivas. Isto porque, uma diferença ainda maior entre as classes sociais implicaria na violação dos princípios da vantagem mútua e o da igualdade democrática.

Outro ponto considerado por Rawls, diz respeito ao fato de tanto o sistema de liberdade natural quanto à concepção liberal irem além do princípio da eficiência, buscando constituir certas instituições básicas e deixando o resto ao encargo da justiça procedimental pura. Neste sentido, a concepção democrática sustentaria que, embora a justiça procedimental pudesse ser invocada pelo menos em certa medida, o modo como às interpretações concorrentes a promovem deixaria muita coisa para a causalidade social e natural.

Já no âmbito da concepção democrática, o princípio da diferença seria plenamente compatível com o princípio da eficiência, ao mesmo tempo em que, estabeleceria claramente que em seu interior a justiça teria primazia sobre a eficiência. O “economicismo”, jamais suplantaria o Estado de direito, lastreado na tutela de princípios fundamentais, nem tampouco, a justiça como eqüidade toleraria a colonização do jurídico pelo econômico. A necessidade de se dar eficiência ao sistema econômico não seria capaz de persuadir os indivíduos na posição inicial a aceitar a injustiça.

> “O princípio da diferença é compatível com o princípio da eficiência. Pois, quando o primeiro é totalmente satisfeito, é de fato impossível melhorar a situação de qualquer homem representativo sem piorar a de outro, ou seja, a do homem representativo menos favorecido cujas expectativas devemos maximizar. Assim, a justiça é definida de modo a ser consistente com a eficiência, pelo menos nos casos em que os dois princípios são plenamente satisfeitos. É claro que, se a estrutura básica for injusta, esses princípios autorizarão mudanças que podem diminuir as expectativas de alguns dos que estão em situação melhor; e, portanto, a concepção democrática não é consistente com o princípio da eficiência se considerarmos que esse princípio significa que são permitidas apenas mudanças que melhoram as perspectivas de todos. A justiça tem primazia sobre a eficiência e exige algumas mudanças que não são eficientes nesse sentido. A consistência se verifica apenas no

> sentido de que um esquema perfeitamente justo é também eficiente."[207]

Feitas essas reflexões, Rawls passa a se dedicar à análise da segunda parte do segundo princípio – a partir desse ponto por ele denominado por "princípio liberal da igualdade eqüitativa de oportunidades". E nesse sentido, faz questão de diferenciá-lo da noção de carreiras abertas a talentos, e de ligá-lo ao princípio da diferença, retirando dessa ligação conseqüências distintas da interpretação liberal dos dois princípios tomados em conjunto. Demonstra então que esse princípio não estaria sujeito à objeção segundo a qual sua aplicação conduziria a uma sociedade meritocrática, fundamentando tal interpretação na interação do princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades com o princípio da justiça procedimental pura.

De início, ressalta que a razão de ser da exigência referente às posições abertas, não seria, única ou principalmente, em função da eficiência. Não acredita que os cargos deveriam necessariamente permanecer abertos para que todos se beneficiassem com uma tal ordenação. Isto porque, seria possível melhorar a situação de todos através da atribuição de certos poderes e benefícios a determinados cargos, não obstante o fato de alguns grupos serem deles excluídos. O acesso restrito a tais cargos, poderia mesmo atrair talentos superiores e encorajar um melhor desempenho.

No entanto, o princípio das posições abertas impediria tal fato. Visto que, tal princípio, expressaria a convicção segundo a qual se algumas posições ficarem fechadas ou restritas a alguns, de modo não eqüitativo, os que delas foram excluídos teriam razão em se sentir tratados de forma injusta, ainda que viessem a se beneficiar dos maiores esforços daqueles autorizados a ocupar certas posições representativas.

A justificação de sua insatisfação seria legítima não só porque se viram excluídos de certas recompensas externas inerentes ao exercício desses cargos, mas, sobretudo, porque foram impedidos de experimentar a realização pessoal que resultaria de um exercício habilidoso e devotado dos deveres sociais, sendo assim, privados de uma das formas mais sublimes de manifestação do bem humano.

---

[207] Op. Cit., 84.

Rawls então reafirma sua convicção segundo a qual a estrutura básica seria o objeto primeiro da justiça, frisando que, qualquer teoria ética reconheceria a importância da estrutura básica como objeto de justiça, mas que nem todas as teorias a considerariam com a mesma importância e do mesmo modo. No entanto, na teoria da justiça como eqüidade, a sociedade seria interpretada como um empreendimento cooperativo voltado para a realização de vantagens para todos. E neste sentido, a estrutura básica seria organizada por meio de um sistema público de regras definidoras de um esquema de atividades capazes de conduzir os homens a uma ação conjunta, com o intuito de produzirem uma quantidade maior de benefícios e, de atribuir a cada um, certos direitos reconhecidos a uma parte do produto resultante dessa cooperação social. O papel desempenhado por uma determinada pessoa dependeria da determinação estabelecida por regras públicas a respeito do que lhe seria de direito fazer, sendo que os direitos de uma pessoa dependeriam do que ela faz. Nesse sentido, segundo Rawls, alcançar-se-ia a distribuição que resulta desses princípios honrando os direitos determinados pelo que as pessoas se comprometessem a fazer à luz dessas expectativas legítimas.

Passa-se então a análise da noção de justiça procedimental pura dividindo-a em duas concepções concorrentes do mesmo princípio: a justiça procedimental imperfeita e a justiça procedimental perfeita.

A justiça procedimental imperfeita seria exemplificada pelo processo criminal. Nele, espera-se que o réu só venha a ser declarado culpado se efetivamente cometeu o crime que lhe é imputado. Nesse sentido, o procedimento de instrução e julgamento deve ser estruturado para buscar e estabelecer a verdade em relação a tais fatos. No entanto, é intuitiva a idéia segundo a qual seria impossível determinar as regras legais de modo a que elas possam conduzir sempre a um resultado correto. A doutrina processual se limitaria a examinar quais procedimentos e critérios de provas (dentre outros disponíveis) seriam os mais indicados para alcançar-se o seu propósito de uma forma coerente com as outras finalidades da lei. Neste sentido, espera-se que ordenações distintas para depoimentos perante uma autoridade judicial possam produzir resultados certos em diferentes circunstâncias, senão de forma permanente, ao menos na maioria das situações concretamente

apresentadas. Um julgamento seria um exemplo típico de justiça procedimental imperfeita.

Rawls observa que, ainda que a lei seja cuidadosamente obedecida, e os processos conduzidos de forma justa e adequada, poderiam chegar a um resultado equivocado ou injusto, por meio do qual um homem inocente poderia ser considerado culpado e, inversamente, um homem culpado poderia ser considerado inocente. Estaríamos então diante de um erro judiciário, no qual a injustiça não teria origem em uma falha humana, mas em uma combinação fortuita de circunstâncias que frustraria a finalidade das normas legais. Sendo assim, a marca característica da justiça procedimental imperfeita residiria no fato segundo o qual, ainda que exista um critério independente para produzir o resultado correto, não haveria um processo factível, capaz por si só, de conduzir-se com absoluta certeza ao resultado esperado.

Por outro lado, a justiça procedimental perfeita poderia atingir o seu desiderato com maior precisão. Rawls procura fundamentá-la a partir de um exemplo. Imagina então uma situação, na qual, um grupo de quatro indivíduos pretende dividir um bolo. Sustentando que uma divisão justa deveria ser uma divisão eqüitativa, ele procura imaginar qual seria o procedimento mais indicado para se chegar a este resultado. Colocando de lado possíveis questões técnicas irrelevantes no caso, percebe que a solução mais adequada recomenda que um indivíduo efetive a divisão do bolo e que receba o seu pedaço por último, permitindo-se aos outros retirarem suas respectivas cotas antes dele. Supõe-se que, mediante tal procedimento, o indivíduo indicado para proceder à divisão, o faria em partes rigorosamente iguais, evitando-se assim que ao final lhe sobrevenha algum prejuízo – ou no mínimo, tentará reduzir esse prejuízo a algo próximo da insignificância.

Tal exemplo ilustraria o que Rawls entende por justiça procedimental perfeita. Isto porque, em primeiro lugar, existiria um critério independente para uma divisão justa, um critério definido em separado e antes do processo acontecer. Em segundo lugar, seria possível criar um procedimento que com certeza trará o resultado desejado. Mesmo sem ignorar certos detalhes presentes em uma situação hipotética como essa – seria o homem escolhido capaz de dividir o bolo em partes iguais? -, Rawls acredita que o essencial é que exista um padrão independente para se decidir qual resultado seria justo e

um procedimento que com certeza conduziria a ele. E ao final, mesmo reconhecendo que a justiça procedimental perfeita seria rara, sobretudo, em casos de interesse mais concreto, tal noção poderia ser levada em conta como um parâmetro válido para se imaginar a configuração do que ele denominou por justiça procedimental pura.

Esta por sua vez, se verificaria quando, inexistindo um critério independente para o resultado correto, encontra-se um procedimento correto ou justo de modo que o resultado seria também ele correto ou justo, qualquer que fosse ele, contanto que tal procedimento tenha sido corretamente aplicado. Tal situação seria ilustrada pelo “jogo”. Nessa situação, se um certo número de pessoas se engajar em uma série de apostas justas, a distribuição do dinheiro após a última aposta é justa, ou pelo menos não injusta, qualquer que tenha sido a distribuição. Ele supõe que as apostas justas tenham sido aquelas que tenham uma expectativa zero de ganho, que as apostas seriam feitas de forma voluntária, que ninguém iria trapacear, etc. O processo de apostas seria justo e aceito livremente em condições que seriam justas. Nesse sentido, as circunstâncias contextuais definiriam um procedimento justo.

> “Portanto, a fim de se aplicar à noção de justiça procedimental pura às partes distributivas, é necessário construir instituições. Apenas em referência ao contexto de uma estrutura básica justa, que inclui uma Constituição política justa e uma organização justa das instituições econômicas e sociais, é que podemos dizer que existe o pré-requisito do procedimento justo.”[208]

Uma vez explicitada a concepção de justiça procedimental pura, resta apontar o papel do “princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades” como o responsável por assegurar que o sistema de cooperação se guie por ela. A não satisfação desse princípio impediria a implementação da justiça procedimental pura até mesmo em uma escala restrita. Isto porque, a grande vantagem da justiça procedimental pura residiria no ato de não ser necessário controlar a infindável variedade de circunstâncias nem as posições relativamente cambiantes das pessoas particulares. Evitar-se-ia o problema da definição de princípios que dêem conta da enorme complexidade que eventualmente poderia surgir se esses detalhes fossem pertinentes. Segundo Rawls, seria um

erro focalizar nossa atenção sobre posições relativas variáveis dos indivíduos e exigir que toda mudança, considerada como uma transação única e isolada, fosse considerada em si mesma justa. Neste sentido, seria a organização da estrutura básica que deveria ser julgada, e julgada sempre a partir de um ponto de vista geral.[209]

Com isso Rawls quer nos dizer que, a justiça alocativa, se aplica apenas quando um dado conjunto de bens deve ser dividido entre indivíduos concretos, com necessidades e desejos conhecidos. Neste contexto, o conjunto a ser alocado não seria a produção desses indivíduos, nem eles se apresentariam em uma relação cooperativa concreta. Inexistindo reivindicação prévia das coisas que deveriam ser distribuídas, seria natural dividi-las de acordo com os desejos e necessidades, ou até mesmo maximizar o saldo liquido de satisfação – como advoga o utilitarismo. Se assim for, a justiça se tornará um tipo de eficiência, a não ser que venha a preferir a igualdade.

Feitas essas considerações, e estando claro que a idéia de justiça como eqüidade não se refere a indivíduos objetivamente considerados, mas sobre a maneira como funcionam as instituições que compõe à estrutura básica da sociedade, Rawls inicia uma reflexão sobre as expectativas que sobre elas se depositam e sobre como deveriam ser avaliadas.

Parâmetros para a avaliação do bem-estar social

Procede-se então uma rápida comparação com o pensamento utilitarista, sobre o critério oferecido por este para avaliação da realização da

---

[208] Op. Cit., p. 93.

[209] "Na justiça procedimental pura, então, as distribuições de vantagens não são avaliadas em primeiro lugar através do confronto entre uma quantia disponível de benefícios, por um lado, e desejos e necessidades de indivíduos determinados, por outro. A alocação dos itens produzidos ocorre de acordo com o sistema público de regras, e esse sistema determina o que é produzido, quanto é produzido, e por que meios. Também determina reivindicações legítimas que, quando respeitadas, criam a distribuição resultante. Assim, nesse tipo de justiça procedimental, a correção da distribuição está fundada na justiça do esquema de cooperação do qual ela surge e na satisfação das reivindicações de indivíduos engajados nele. Uma distribuição não pode ser julgada separadamente do sistema do qual ela é o resultado ou sem levar em conta o que os indivíduos fizeram, de boa-fé, à luz de expectativas estabelecidas. Se perguntarmos de forma abstrata se uma distribuição de um dado estoque de coisas para indivíduos concretos com desejos e preferências conhecidas é melhor que uma outra, simplesmente não haverá resposta para essa pergunta. A concepção dos dois princípios de justiça não interpreta o problema primário da justiça distributiva como um problema de justiça alocativa." Op. Cit., p. 94.

justiça no âmbito de uma determinada sociedade. Recorda então que, o princípio clássico do utilitarismo nos diz que a sociedade está ordenada de forma correta e justa quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros. No âmbito do pensamento utilitarista, cada homem, ao realizar os seus interesses, seria livre para avaliar suas perdas e ganhos, de forma que seria razoável a este impor a si próprio um sacrifício no presente em razão de uma perspectiva de vantagem no futuro. Sendo assim, uma pessoa agiria de modo apropriado – desde que outros não sejam por essa ação imediatamente afetados – no intuito de conseguir a maximização do seu bem-estar, ao promover os seus objetivos racionais ao máximo possível. A partir desse ponto, o utilitarismo promoveria uma generalização, aplicando o mesmo princípio ao grupo, considerando como racional para ele, aquilo que o seria para um único homem - o que vale para um único homem valeria para uma associação de seres humanos.

Se o princípio para um único indivíduo consistiria em promover, na medida do possível, seu próprio bem-estar, seu próprio sistema de desejos, o princípio para a sociedade seria o de promover ao máximo o bem-estar do grupo, realizando até o mais alto grau, o abrangente sistema de desejos ao qual se chega com a soma dos desejos de seus membros. Da mesma forma que um indivíduo avalia vantagens presentes e futuras, perdas presentes e futuras, uma sociedade – segundo o entendimento utilitarista – poderia contrabalançar satisfações e insatisfações entre diferentes indivíduos. Neste sentido, por meio da observação dos fatos, chega-se ao “princípio da utilidade” de uma maneira natural, concluindo-se que uma sociedade estaria adequadamente ordenada quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfações.

Por isso, segundo Rawls, o princípio da escolha para uma associação de seres humanos seria interpretada como uma extensão do princípio da escolha para um único homem, de forma que, para o utilitarismo, a justiça social se expressa com o princípio da prudência aplicado a uma concepção somática do bem-estar do grupo. Ao avaliar criticamente tal concepção, Rawls afirma que para melhor compreende-la, e compará-la com sua própria concepção de

justiça, seria necessário distinguir o que deveria ser maximizado, se a “felicidade total” ou a “felicidade média”.

Em sua concepção, o princípio da diferença tentaria estabelecer bases objetivas para comparações interpessoais de dois modos. Inicialmente, identificando o homem representativo menos favorecido para, a partir desse ponto, exigir apenas julgamentos ordinais sobre o bem-estar. Saber-se-ia assim a partir de qual posição o sistema social deveria ser julgado, sendo irrelevante o quanto esse indivíduo representativo seria menos favorecido em relação aos outros. Desse modo também, dificuldades para a medição cardinal não surgiriam, pois nenhuma outra comparação interpessoal será necessária. O princípio da diferença requereria menos de nossos julgamentos sobre o bem-estar já que não precisaríamos calcular uma soma de vantagens que envolvam uma soma cardinal – ainda que se admita que comparações interpessoais qualitativas sejam realizadas para que se identifique a posição mais baixa. Em seguida, o princípio da diferença introduziria uma simplificação para a base de comparações interpessoais, de forma que, tais comparações deveriam se realizar em relação apenas aos chamados “bens sociais primários”. Rawls define essas expectativas como “uma lista ordenada dos bens” que um indivíduo representativo pode almejar. Neste sentido, as expectativas de um homem seriam maiores que a de um outro se essa lista para alguém em sua posição for maior.

Os “bens primários” seriam coisas que se supõe que um homem racional desejaria – não importando se ele também desejasse algo mais. Ou seja, supõe-se que independentemente de quais sejam, de forma específica, os planos racionais de um indivíduo, existiriam várias coisas que ele preferiria ter a mais do que de menos. Isto porque, com uma maior quantidade desses bens, os homens estariam mais seguros de que obteriam um maior sucesso na realização de suas intenções, e na promoção de seus objetivos, quaisquer fossem esses.

A partir desse ponto, Rawls é obrigado a reconhecer a dificuldade representada pela construção de uma “lista ordenada de bens sociais primários”. No entanto, supondo que os dois princípios de justiça sejam ordenados de forma serial, acredita que tal problema seria reduzido de forma significativa. Isto porque, as liberdades básicas seriam sempre iguais, existindo

uma igualdade eqüitativa de oportunidades, tornando-se desnecessário comparar essas liberdades e direitos com outros valores.

Dessa forma, os bens sociais primários variáveis em sua distribuição seriam os direitos e prerrogativas de autoridade, renda e riqueza. No entanto, devido à natureza do princípio da diferença, as dificuldades, afirma Rawls, não seriam tão grandes como poderiam parecer à primeira vista – na medida em que o grande problema da lista ordenada seria o de estabelecê-la para o grupo menos favorecido.

> "A todos é assegurada igual liberdade para que persigam qualquer plano de vida que lhes agrade, contanto que isso não viole as exigências da justiça. Os homens partilham dos bens primários seguindo o princípio de que alguns podem ter mais se esses bens são adquiridos por modalidades que melhoram a situação daqueles que têm menos. Uma vez que toda a organização foi feita e funciona, não se fazem perguntas sobre os totais de satisfação ou perfeição."[210]

Posições sociais relevantes

De início, Rawls nos explica que na aplicação dos dois princípios de justiça à estrutura básica da sociedade, toma-se a posição de certos indivíduos representativos e considera-se qual é a visão que eles possuem do sistema social, levando-se em consideração que, a perspectiva dos que estão nessas posições definem um ponto de vista geral adequado – ainda que nem todas as posições sociais sejam relevantes. A título de exemplo, recorda que não apenas existem produtores rurais, como também de laticínios, de grãos, agricultores que cultivam grandes extensões de terra, etc., aplicando-se igual raciocínio a outras ocupações e grupos indefinidamente. Afirma que não se poderia elaborar uma teoria coerente e administrável levando-se em consideração tal multiplicidade de posições, sendo impossível à avaliação de tantas posições concorrentes. Neste sentido, seria preciso identificar certas posições mais elementares do que outras, capazes de fornecer um ponto de vista apropriado para a avaliação do sistema social. Nesse sentido, a escolha dessas posições é um elemento de grande importância para a sua teoria da

justiça, cabendo a ela fornecer um princípio a partir do qual as posições sociais relevantes possam ser identificadas.

Para chegarmos a esse ponto, é preciso recordar que o objeto primeiro da justiça seria a chamada “estrutura básica da sociedade”, na medida em que os efeitos dela decorrentes para o conjunto dos indivíduos seriam profundos e penetrantes, estando presentes desde sua origem. Tal estrutura favoreceria alguns lugares de partida em detrimento de outros na divisão dos benefícios da cooperação social – aquilo que Marx denominava por “divisão social do trabalho”. Seriam essas desigualdades que caberiam, aos dois princípios, regular. No entanto, uma vez satisfeitos tais princípios, permite-se que outras desigualdades surjam, como resultado das ações voluntárias dos homens – de conformidade com o princípio da liberdade de associação.

Dessa forma, as posições sociais relevantes corresponderiam aos lugares de partida, generalizados e agrupados de forma adequada. Ao se definir tais posições como instituidoras do ponto de vista geral, segue-se a idéia de que os dois princípios buscam mitigar a arbitrariedade do acaso natural e da boa sorte social. Rawls supõe então que na maioria dos casos cada pessoa ocuparia duas posições relevantes: a da cidadania igual e a posição definida pelo seu lugar na distribuição de renda e riqueza. De forma que, os homens representativos relevantes, corresponderiam aos cidadãos representativos e aos representantes daqueles que possuem diferentes expectativas em relação aos bens primários distribuídos de forma desigual.

Segundo Rawls, na medida do possível, a estrutura básica deveria ser avaliada a partir da posição da cidadania igual, uma vez que, tal posição, seria definida pelos direitos e liberdades exigidos pelo princípio da liberdade igual e pelo princípio da igualdade eqüitativa. Quando estes dois princípios são satisfeitos, todos os cidadãos seriam iguais, todos ocupando a mesma posição – de forma que a cidadania igual definiria um ponto de vista em comum. A partir dessa posição, poderíamos também considerar várias questões ligadas à política social, uma vez que, situações dessa natureza interessam a todos, não ocorrendo, em relação a elas, atribuição de efeitos distributivos relevantes – situação na qual se aplicaria o “princípio do interesse comum”.

---

[210] Op. Cit., p. 100.

De conformidade com tal princípio, as instituições seriam classificadas de acordo com sua eficácia para garantir as condições necessárias para que todos promovam seus objetivos de forma equivalente, ou segundo a sua eficiência para proporcionar objetivos compartilhados que a todos beneficiarão de forma semelhante. Entraria neste rol aquilo que poderíamos chamar de “regras sensatas” para manter a ordem pública e a segurança, bem como, medidas eficientes no setor de saúde e da previdência social. Indo além, Rawls coloca na mesma ordem os esforços coletivos para a defesa nacional no caso de uma “guerra justa”. Isto porque, a manutenção da saúde e da previdência social ou a conquista da vitória em uma guerra justa, ainda que possuam efeitos distributivos (já que aqueles que têm expectativas mais elevadas se beneficiam mais, uma vez que têm mais a perder), se as desigualdades econômicas e sociais daí decorrentes forem justas, admite-se que tais efeitos podem ser deixados de lado, aplicando-se então, o princípio do interesse comum – razão pela qual o ponto de vista apropriado seria o da cidadania igual.

No entanto, em muitas outras questões, a aplicação do princípio do interesse comum ajustado à idéia da cidadania igual não se mostraria capaz de apontar para uma solução justa – dada à desigualdade originária entre os indivíduos. E para melhor compreender esta “desigualdade originária” se torna necessário encontrar um critério para definir quem seriam os “menos favorecidos”.

Rawls entende ser possível encontrá-los entre aqueles que são menos beneficiados de acordo com cada um do que ele denomina por três tipos principais de “contingências”. Nesse grupo se incluiriam: a) pessoas cuja origem familiar e de classe é menos favorecida do que outros; b) também aqueles cujos “dotes naturais” lhes impõe um bem-estar menor; c) e por último aqueles cuja sorte ao longo da vida acabou por revelar-se menos feliz. Mesmo reconhecendo que vários refinamentos seriam necessários para aperfeiçoar este critério, Rawls acredita que essa definição aproximativa dos menos favorecidos expressaria de forma adequada a ligação do problema da contingência e deveria bastar para os propósitos de uma teoria da justiça como eqüidade.

Nesse ponto, Rawls faz questão de afastar indivíduos que não estejam na plenitude de suas capacidades físicas e psicológicas, recusando questões referentes a cuidados médicos especiais e ao tratamento de deficientes mentais, uma vez que, a introdução prematura de questões dessa natureza, poderia suscitar problemas que estão além de uma teoria da justiça. De forma que, a consideração desses casos difíceis (*hard cases*), poderia confundir nossa percepção moral - na medida em que, nos remete a pessoas que estão distante de nós e cujo destino desperta pena e ansiedade.

De outro lado, o primeiro problema da justiça refere-se às relações entre as pessoas que no curso cotidiano das coisas seriam participantes integrais e ativos da sociedade, estando direta ou indiretamente associadas entre si ao longo de suas vidas. Dessa forma, o princípio da diferença deveria ser aplicado aos cidadãos engajados na cooperação social – uma vez que, caso venha a falhar nessa situação, provavelmente falharia também em termos gerais.

Dessa maneira, mesmo sendo impossível evitar alguma arbitrariedade na identificação concreta do grupo menos favorecido, qualquer dos três critérios acima mencionados, parece abarcar “os mais desfavorecidos pelas contingências”, atribuindo uma base para determinar em que nível, um mínimo social razoável, poderia ser fixado. E a partir desse ponto, em conjunto com outras medidas, a sociedade poderia começar a satisfazer o princípio da diferença. Rawls continua supondo que, as pessoas na posição original, entenderiam tais problemas, e que, avaliariam adequadamente o princípio da diferença em comparação com outras alternativas.

É sobre esta hipotética avaliação que ele acredita que, certas distinções profundamente arraigadas na estrutura básica da sociedade, fundadas em critérios como sexo, cultura, raça e etnia, poderiam ser, finalmente, mensurados sobre o pálio dos dois princípios de justiça e levados em consideração no âmbito de uma teoria da justiça como eqüidade. Uma vez que, desigualdades pautadas em tais critérios, raramente trazem alguma vantagem para os menos favorecidos.

> “Na medida do possível, então, a justiça como eqüidade analisa o sistema social a partir da posição de cidadania igual e dos vários níveis de renda e riqueza. Algumas vezes, entretanto, pode ser necessário que outras posições sejam levadas em

> consideração. Se, por exemplo, há direitos básicos desiguais fundados em características naturais físicas, essas desigualdades selecionarão posições relevantes. Uma vez que essas características não podem ser mudadas, as posições definidas por elas contam como lugares de partida na estrutura básica. Distinções baseadas em sexo entram nessa categoria, assim como as que dependem da raça e cultura. Dessa forma, se os homens são favorecidos na atribuição de direitos básicos, essa desigualdade só é justificada pelo princípio da diferença (na interpretação geral) se trouxer vantagens para as mulheres e for aceitável do ponto de vista delas. E a condição análoga se aplica à justificação dos sistemas de castas, ou das desigualdades raciais e étnicas. Essas desigualdades multiplicam as posições relevantes e complicam a aplicação dos dois princípios. Por outro lado, essas mesmas desigualdades raramente trazem, se é que chegam a trazer, vantagens para os menos favorecidos e, portanto, em uma sociedade justa, o menor número de posições relevantes seria em geral suficiente."[211]

Para Rawls, o essencial é que os juízos feitos a partir das posições relevantes anulem as reivindicações que tendemos a fazer em situações particulares. Lembra que nem todos se beneficiam sempre através do que os dois princípios exigem, sobretudo, se levarmos em conta nós mesmos em termos de nossas posições mais específicas. Por isso, a menos que o ponto de vista das posições relevantes tenha prioridade, teríamos que enfrentar um caos de reivindicações concorrentes. Rawls afirma que não há como garantir a proteção de todos os interesses em cada período de tempo quando a situação dos homens representativos é definida de forma mais restrita, visto que, tendo reconhecido certos princípios e um certo modo de aplicá-los, só nos restaria aceitar as conseqüências.

Desta maneira, as "posições sociais relevantes" especificariam o ponto de vista geral a partir do qual os dois princípios da justiça devem ser aplicados à estrutura básica. Por meio delas, os interesses de todos seriam levados em consideração, pois cada pessoa seria um cidadão igual e todos teriam um lugar na distribuição da renda e da riqueza, ou no conjunto de características naturais fixas nas quais as distribuições se baseiam. Seria necessária uma prévia seleção das posições relevantes para que se obtenha uma teoria coerente da justiça social, e as posições escolhidas deveriam estar de acordo com os seus princípios básicos. Ao selecionarmos os chamados lugares de

[211] Op. Cit., p. 105.

partida, estaríamos mitigando os efeitos do acaso natural e da contingência social, de forma a que, ninguém venha a se beneficiar de tais contingências – a não ser de forma tal que redunde no bem-estar dos outros.

Ao discutir conceitos como os de “posição social relevante” e “lugar de partida”, Rawls busca deixar claro (novamente) que estes e outros conceitos de sua teoria não se prestam a fundamentar uma concepção meritocrática de sociedade. Tal recusa fica particularmente esclarecida pela forma como buscou combinar os princípios da “diferença” e o da “reparação”. De saída nos diz que o princípio da diferença dá algum peso às considerações proferidas pelo princípio da reparação, segundo as quais, “desigualdades imerecidas” exigiriam reparação.

Ora, como já apontamos há pouco, desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, devendo as mesmas, portanto, serem de alguma forma compensadas. Nesse sentido, o princípio determinaria que com o intuito de tratar as pessoas de forma igualitária, proporcionando uma efetiva igualdade de oportunidades, a sociedade deveria dar mais atenção aos indivíduos oriundos de posições sociais periféricas. O fundamento moral de tal propósito residiria na necessidade de se propiciar aquilo que denominou por “reparar o desvio das contingências na direção da igualdade”. Sendo assim, pela aplicação do princípio da reparação, maiores recursos deveriam ser gastos com a educação dos menos inteligentes (quando uma concepção meritocrática recomendaria fazer exatamente o contrário), segundo o autor, ao menos nos primeiros anos do processo de escolarização.

No entanto Rawls faz também questão de frisar que a reparação não constitui o único objetivo da ordem social, ou mesmo o critério fundamental da justiça, mas, um princípio que, assim como outros, descritos ao longo desse texto, são articulados de forma concorrente no âmbito de uma teoria da justiça como eqüidade. No campo de regência de sua teoria da justiça, o princípio da reparação deve ser necessariamente levado em conta, por ser desta um dos elementos constituintes. O que não se pode admitir, é que o princípio da reparação seja confundido com o princípio da diferença – já que esse último não exige obrigatoriamente que a sociedade tente contrabalançar desvantagens.

Neste sentido, com base exclusivamente no princípio da diferença, se buscaria (em um primeiro momento) reduzir as desvantagens por meio de políticas públicas, de caráter universalista, mas que por seu objeto atingiriam essencialmente os mais necessitados – como investimentos em educação pública básica e saúde preventiva. No entanto, também com base no princípio da diferença, se uma determinada política benéfica aos mais bem dotados, demonstrasse ser ela também capaz de beneficiar os mais frágeis, estaria ela legitimada pelo princípio – sem que tanto a primeira quanto a segunda envolvesse qualquer tipo de reparação.

Mas há, contudo, uma forte identidade entre os princípios da diferença e da reparação, expressa por sua desconexão em relação ao requisito da eficiência econômica e, até mesmo, do bem-estar social - em prol da atribuição de sentimentos de autoconfiança e valor-próprio aos mais necessitados. Tal identidade transformaria os objetivos da estrutura básica de modo que o esquema global das instituições deixaria de enfatizar a eficiência social e os valores tecnocráticos.[212]

A partir desse ponto parece-nos já ter ficado claro que para Rawls aqueles que foram favorecidos pela natureza, sejam eles quem for podem se beneficiar de sua boa sorte apenas em termos que melhorem a situação dos menos felizes. Àqueles que a natureza já tratou de favorecer, não deveriam beneficiar-se simplesmente pelo fato de serem mais bem aquinhoados, mas somente para cobrir os custos de treinamento e educação e para usar os seus dotes de forma tal a ajudar os menos favorecidos. Ninguém mereceria uma maior capacidade natural do que a que possui ou um ponto de partida mais

[212] "Ora, o princípio da reparação não foi, que eu saiba, proposto como o único critério de justiça, como único objetivo da ordem social. Ele é, tanto quanto os outros, plausível como um princípio *prima facie*, que deve ser colocado na balança juntamente com os outros. Por exemplo, devemos ponderá-lo em relação ao princípio da melhoria do padrão médio de vida, ou da promoção do bem comum. Mas quaisquer que sejam os outros princípios adotados, as reivindicações de reparação devem ser levadas em conta. Considera-se que esse princípio representa um dos elementos de nossa concepção de justiça. Mas o princípio da diferença certamente não é o princípio da reparação. Ele não exige que a sociedade tente contrabalançar as desvantagens como se fosse esperado de todos que competissem numa base eqüitativa em uma mesma corrida. Mas o princípio da diferença alocaria recursos na educação, por exemplo, a fim de melhorar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos. Se esse objetivo é atingido quando se dá mais atenção aos mais bem-dotados, é permissível fazê-lo; caso contrário, não. E, nessa tomada de decisão, o valor da educação não devia ser avaliado apenas em termos de eficiência econômica e bem-estar social. O papel da educação é igualmente importante, se não mais importante ainda, no sentido de proporcionar a uma pessoa a possibilidade de apreciar a cultura de sua sociedade e de tomar parte em suas atividades, e desse modo, proporcionar a cada indivíduo um sentimento de confiança, seguro de seu próprio valor." Op. Cit., p. 108.

favorável na sociedade - ainda que a existência de tais distinções não seja motivo suficiente para ignorá-las ou eliminá-las. Daí porque Rawls acredita que todos admitiriam o princípio da diferença no âmbito de uma situação inicial, visto que, nestas condições, seria razoável supor que se desejasse montar um sistema social de modo que ninguém venha a ganhar ou a perder devido ao seu lugar arbitrário na distribuição de dotes naturais ou à sua posição inicial na sociedade.

Por isso Rawls rejeita o argumento segundo o qual o ordenamento das instituições seria sempre defeituoso porque a distribuição de talentos naturais e as contingências das circunstâncias sociais seriam injustas, transferindo-se tal injustiça para o conjunto das organizações humanas. Para ele isso não passa de uma desculpa para se ignorar a injustiça, pois a distribuição natural, em si, não seria justa ou injusta, como também não o seria o fato de alguém nascer em alguma posição particular na sociedade, já que tais acontecimentos seriam simplesmente “fatos naturais”.

No entanto, o que seria justo ou injusto é o modo como às instituições lidam com esse fato. Rawls cita as sociedades aristocráticas e de castas para afirmar que essas seriam injustas porque fariam dessas contingências a base de referência para o que chamou de “confinamento em classes sociais mais ou menos fechadas ou privilegiadas”. Por isso, a estrutura básica dessas sociedades incorporaria a arbitrariedade encontrada na natureza, quando na verdade, seria preferível que os homens se indignassem frente a essas contingências.

Dessa forma, o sistema social não poderia ser percebido como uma ordem imutável, pairando acima da capacidade de controle humano. Por meio de sua teoria da justiça como eqüidade, os homens concordariam em se valer dos acidentes da natureza ou das circunstâncias sociais somente quando disso resultasse um benefício em comum. Desse modo, os dois princípios constituiriam uma forma eqüitativa de se enfrentar a “adversidade da fortuna”, uma vez que, ainda que imperfeitas sobre outros aspectos, para Rawls, as instituições que vierem a satisfazer esses dois princípios, seriam efetivamente justas.

> "Com certeza, os mais afortunados têm um direito aos seus dotes naturais, como qualquer outra pessoa; esse direito é coberto pelo primeiro princípio da liberdade básica, que protege a integridade da pessoa. E assim, os mais favorecidos têm direito, a qualquer coisa que possam obter de acordo com as regras de um sistema eqüitativo de cooperação social. Nosso problema é saber como esse esquema, a estrutura básica da sociedade, deve ser concebido. De um ponto de vista geral apropriado, o princípio da diferença parece aceitável tanto para os indivíduos mais favorecidos quanto para os menos favorecidos. Sem dúvida, nada do que foi dito aqui é, estritamente falando, um argumento a favor do princípio, já que em uma teoria contratualista, os argumentos são construídos do ponto de vista da posição original. Mas essas considerações intuitivas nos ajudam a esclarecer o princípio e o sentido em que ele é igualitário."[213]

E por fim, como complemento a toda fundamentação até aqui exposta a respeito da teoria da justiça como eqüidade desenvolvida por John Rawls, temos a referência ao "princípio da fraternidade".

O princípio da fraternidade

Por meio do princípio da diferença teríamos agora novos elementos para promover uma interpretação deste que é um dos bastiões da modernidade iluminista – à qual Rawls se filia claramente -, elevado à condição de uma das formas de manifestação da trindade jurídico-política inaugurada pela Revolução Francesa de 1789. Segundo Rawls, comparando-se com a liberdade e a igualdade, a "fraternidade" teria ocupado um lugar de menor relevância ou destaque no âmbito da teoria democrática contemporânea. Muitos o teriam considerado um conceito político dotado de pouca especificidade, incapaz de definir por si mesmo, algum dos direitos democráticos mais importantes, sendo pelo contrário, mera expressão de certas atitudes mentais e formas de conduta sem as quais se perderia de vista os valores expressos por esses direitos. Haveria ainda aqueles para os quais a fraternidade representaria uma dada igualdade de estima social que se manifestaria em várias convenções sociais – basicamente pela ausência de atitudes de deferência e subserviência.

---

[213] Op. Cit., p. 111.

Rawls não nega a identidade do princípio com tais percepções, acrescentando ainda sua filiação a um determinado senso de amizade cívica e solidariedade social, mas cuja compreensão nesses estreitos limites, não seria capaz de expressar nenhuma exigência previamente definida. Daí, em sua opinião, a necessidade de se encontrar um princípio de justiça capaz de articular-se com a idéia subjacente de fraternidade. Para Rawls, o princípio da diferença aparentemente corresponderia a um significado natural de fraternidade, na medida em que não buscaria obter maiores vantagens para alguns, exceto quando tal atribuição implicar na concessão de maiores benefícios para os demais que estão em pior situação.[214]

Outro motivo, segundo Rawls, pelo qual o princípio da fraternidade teria sido relativamente negligenciado pela teoria democrática deve-se à sua associação com a idéia de "laços sentimentais" envolvendo de forma mais ampla os membros da sociedade, o que, na prática, não seria realista esperar. Ele discorda francamente de tal entendimento, entendendo o princípio da fraternidade como factível, desde que aceitemos associar as idéias tradicionais de liberdade, igualdade e fraternidade com a interpretação democrática dos dois princípios de justiça de forma que, a "liberdade" corresponderia ao primeiro princípio; a "igualdade" corresponderia à idéia de igualdade no primeiro princípio em conjunto com a igualdade eqüitativa de oportunidades; e por último, a fraternidade corresponderia ao princípio da diferença. Dessa forma, acredita ter encontrado um lugar para a concepção de fraternidade na interpretação democrática dos dois princípios, demonstrando que ela impõe uma exigência definida em relação à estrutura básica da sociedade.

Fechando o seu argumento em torno da articulação do princípio da fraternidade ao âmago de uma teoria democrática contemporânea por intermédio de sua recepção pelos dois princípios de justiça, Rawls acredita ter refutado de forma definitiva qualquer insinuação meritocrática (ao estilo do modelo platônico já apresentado no início deste estudo) acerca dos fundamentos de sua teoria. O seu modelo teórico compreende a ordem social

[214] Para exemplificar sua idéia, faz referência à concepção ideal de família – muitas vezes observado em sua prática específica -, na qual o princípio da maximização da soma de vantagens seria rejeitado. Isto porque, os membros de uma família, geralmente, não desejariam ganhar mais a não ser que pudessem fazer isso de modo a promover os interesses dos outros membros – o que implicaria em um respeito intuitivo ao princípio da diferença, com a conseqüente realização prática do princípio da solidariedade.

de conformidade com o princípio das carreiras abertas a talentos, utilizando a igualdade de oportunidades como um mecanismo apto para liberar as energias dos homens na busca da prosperidade econômica e do domínio de sua ação política. Existiria uma visível disparidade entre a classe social mais alta e a mais baixa, tanto em termos de meios de vida quanto no âmbito dos direitos e privilégios outorgados pela autoridade político-organizacional. A cultura dos estratos mais baixos seria empobrecida, e em contrapartida, a da elite governante e tecnocrática estaria solidamente baseada no serviço em prol dos objetivos nacionais de poder e riqueza. Neste sentido, a igualdade de oportunidades, implicaria em uma chance igual para deixar para trás a condição de menos afortunado - na busca pessoal por influência e posição social.

É por isso que Rawls considera um perigo a concepção de uma sociedade meritocrática para outras interpretações dos princípios de justiça, mas não para a concepção democrática, uma vez que o princípio da diferença transformaria os objetivos da sociedade nos seus aspectos fundamentais. Tal conseqüência se tornaria mais evidente na medida em que levarmos em consideração o "bem primário" essencial da "auto-estima". Ou aquilo que na dicção da moderna teoria constitucional dos direitos fundamentais, teríamos como realização prático-concreta do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso pelo "princípio do pleno desenvolvimento da personalidade" – no plano em que uma "sociedade bem ordenada" se constitui em uma união social de uniões sociais.

> "Segue-se que a segurança da auto-estima deveria ser buscada para os menos favorecidos, e isso limita as formas de hierarquia e os graus de desigualdade permitidos pela justiça. Assim, por exemplo, os recursos para a educação não devem ser alocados apenas ou necessariamente de acordo com o seu retorno em estimativa de habilitações especializadas para a produção, mas também de acordo com o seu valor no enriquecimento da vida pessoal e social dos cidadãos, incluindo-se aqui os menos favorecidos. Na medida em que a sociedade progride, esta última consideração se torna cada vez mais importante."[215]

[215] Op. Cit., p. 114.

Os “dotes naturais”

Rawls avança ainda sobre um terreno muito melindroso, no qual procura se cercar de todos os cuidados, para evitar ser mal interpretado, mas em relação ao qual acredita que não poderia deixar de fazer alguma referência. Trata-se do problema da distribuição dos chamados “dotes naturais”, que ao longo de praticamente todo o trabalho, ele os tratou como se resultassem de “um fato da natureza”. Mas ele é obrigado a reconhecer que a distribuição desses dotes, bem como de uma carga de problemas e adversidades naturais, pode também resultar de uma determinada forma de organização do sistema social.

Recorre então ao exemplo do sistema de castas, no qual, ao dividir-se a sociedade em populações biologicamente isoladas, teríamos uma ampliação da vulnerabilidade de certos grupos a um processo de deterioração gênica, enquanto que, uma sociedade aberta, encorajaria a maior diversidade genética possível. E é claro que, em um primeiro momento, essa maior abertura deveria partir do reconhecimento dessa vulnerabilidade identificada junto a certos segmentos da sociedade, para por meio de políticas públicas focadas, buscar-se o seu melhor equacionamento. É o que, a título de exemplo, consta da proposta apresentada ao Congresso Nacional em torno do chamado “Estatuto da Igualdade Racial”, com relação ao problema da “anemia falciforme” junto à população afro-descendente.

Mas de qualquer forma, Rawls não rejeita por completo uma abordagem eugênica sobre este assunto – ainda que prefira não o fazer de uma forma explícita no seu trabalho, focado sobre os chamados aspectos tradicionais da justiça social. No entanto, aponta como uma questão realista o interesse dos indivíduos em assegurar para os seus descendentes a melhor dotação genética possível (o que seria claramente admitido na situação inicial). Buscar-se-ia tal objetivo através de políticas públicas adequadas e razoáveis, na medida em que a melhoria nas condições de vida podem ser também elas entendidas como um direito fundamental de natureza intergeracional. Como o é segundo a Constituição brasileira de 1988 a preservação do meio ambiente, constituindo-se em uma questão que as gerações anteriores devem às posteriores, radicado na necessidade de se tomar certas atitudes com o intuito

de se preservar um nível geral de capacidades naturais e de se impedir a difusão de defeitos graves no âmbito da sociedade em questão. Segundo Rawls, aspectos dessa natureza podem sem dúvida alguma, converter-se em problemas de justiça social. O que inevitavelmente nos faz pensar sobre os contornos daquilo que em um futuro próximo poderá nos levar à necessidade de se delimitar o campo de um conjunto de direitos fundamentais de "quarta dimensão" – como desdobramento lógico-evolutivo dos direitos de primeira dimensão ou geração (liberdade), de segunda dimensão (igualdade), e de terceira dimensão (fraternidade). Tais questões acabam também por reafirmar a natureza aberta e inacabada (como o próprio "projeto humano") de uma teoria da justiça como eqüidade.[216]

Ao chegarmos a este ponto, acreditamos ter concluído o resgate daqueles elementos mais importantes presentes na doutrina de John Rawls e necessários para a fundamentação teórica do objeto central do presente trabalho – a utilização das ações afirmativas como instrumento apto para a concretização do princípio constitucional da igualdade no âmbito de um Estado Democrático Social de Direito.

A Teoria da Justiça como Eqüidade frente ao Estado contemporâneo

Buscamos antes demonstrar que, o desenvolvimento do pensamento contratualista representou, ele próprio, a evolução dos fundamentos sócio-políticos e filosóficos daquilo que paulatinamente passaria a ser conhecido por

[216] "Em geral, propor políticas que reduzem os talentos dos outros não traz vantagens para os menos favorecidos. Por outro lado, uma vez que se aceita o princípio da diferença, as maiores habilidades são consideradas como um bem social a ser usado para o benefício comum. Ms também é do interesse de cada um ter maiores dotes naturais. Isso permite que as pessoas busquem um plano de vida preferido. Na posição original, então, as partes querem assegurar para seus descendentes a melhor dotação genética (pressupondo que a sua própria seja fixa). A busca de políticas razoáveis com respeito a isso é algo que as gerações anteriores devem às posteriores, sendo essa uma questão que surge entre gerações. Assim, ao longo do tempo, uma sociedade deve tomar atitudes para pelo menos preservar o nível geral de capacidades naturais e impedir a difusão de defeitos graves. Essas medidas devem ser guiadas por princípios com os quais as partes estariam dispostas a concordar para o bem dos seus sucessores. Menciono essa difícil questão especulativa para mais uma vez indicar o modo pelo qual o princípio da justiça tende a transformar os problemas da justiça social. Podemos conjecturar que, a longo prazo, se houver um aumento das capacidades, acabaremos atingindo uma sociedade com a maior liberdade igual, cujos membros desfrutam o mais alto nível de talentos iguais." Op. Cit., p. 115.

“constitucionalismo”. Foi ali que se forjaram as premissas fundamentais para a constituição (soberania) e o exercício do poder político-estatal (legitimidade) no âmbito da modernidade ocidental. É nesta fonte que, regularmente, os teóricos do direito em geral e, do direito constitucional em particular, buscam apoio e inspiração para novas e antigas questões. Os limites do Poder soberano, a delimitação de um campo indevassável constituído pelos direitos fundamentais, o regime de propriedade mais apto para garantir a liberdade, a igualdade e o pleno desenvolvimento material da sociedade, a distribuição de poderes ou competências entre os diversos órgãos estatais, dentre muitos outros, compõe parte do legado pela tradição contratualista.

No entanto, obviamente, o que há de mais importante reside exatamente na idéia de instituição e legitimação do Poder político com base em alguma forma de “consenso”, que assim como já haviam notado o gregos do período clássico, não poderia radicar-se na unanimidade, mas no “princípio majoritário”. E mais ainda, devemos ao contratualismo a noção segundo a qual o acordo político fundamental representado pela Constituição é necessariamente de trato diferido e, por prazo indeterminado. Constituindo-se em uma base normativa com expressão legal e axiológica capaz de oferecer respostas jurídicas para questões que concretamente só se colocarão no futuro. Mas que, dada à natureza solidária, fraterna e universalista de seus preceitos, estará apta para prover respostas capazes de manter a unidade do corpo social em uma perspectiva marcada pela paz (estabilidade institucional) e pela prosperidade material do conjunto da sociedade.

Percebemos, por outro lado, que a evolução do pensamento contratualista se relacionou dialeticamente com o desenvolvimento do próprio Estado nacional. Acreditamos ter deixado isso patente a partir da articulação estabelecida entre o pensamento de Hobbes e as premissas do Estado Absolutista por ele defendido. Também pela correlação da obra de Locke com o Estado liberal-individualista, ou a crítica de Rousseau a tais fundamentos, como indício teórico do esgotamento de tal entendimento e fundamento inicial da tradição revolucionária do século XIX. A mesma que teve em Marx o seu mais destacado representante. Ou pela acurada perspectiva levantada por Kant acerca dos riscos paradoxais trazidos pelo nacionalismo e a necessidade

de se construir instituições capazes de administrar tais ameaças no âmbito de uma sociedade das nações.[217]

Da mesma forma, Rawls também elaborou sua teoria no bojo de um período (segunda metade do século XX) em que o Estado nacional passou por profundas mudanças na sua relação com outras entidades, tanto privadas (corporações transnacionais) quanto estatais ("guerra-fria"), no âmbito internacional. E no plano interno, tais questões, provocaram abalos significativos em inúmeras dimensões da vida comunitária. Seja em termos político-econômicos (explosão da sociedade de consumo), político-ideológicos (macartismo), político-culturais (contracultura), e, sobretudo, em termos político-sociais (movimentos de luta pelos direitos civis por grupos vulneráveis e / ou minoritários relacionados a questões de gênero, raça, religião, língua, cor, opção sexual, idade, portadores de necessidades especiais, dentre outras).

Esta nova conjuntura, retomou em um outro patamar, velhos problemas – como todas as formas de intolerância, assimetria e desigualdade entre os diversos sujeitos sociais. Problemas de natureza eminentemente política, cuja solução, segundo Rawls, deve ser buscada no âmbito de uma "nova concepção acerca do contrato social", que não implicaria na necessidade de se reescreverem todas as atuais Constituições, mas em uma nova forma de abordá-las e, sobretudo, interpretá-las.

Nesse sentido, acreditamos que o pensamento de John Rawls, em especial a elaboração por ele formulada em sua Teoria da Justiça, oferece uma sólida e bem articulada fundamentação para a legitimação de projetos e programas baseados na chamada "discriminação positiva" ou "ação afirmativa". Tais programas, cuja implementação vêm se acentuando nas últimas décadas, não apenas nos EUA, onde sua adoção foi marcada por um amplo e acalorado debate político, filosófico e, sobretudo, jurídico-constitucional, mas em todo o planeta, inclusive no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988. De forma que, ainda que Rawls não coloque no centro de sua reflexão medidas específicas voltadas para a realização da justiça como eqüidade, nos parece

[217] KANT, I. **À Paz Perpétua**. São Paulo: L&PM Editores, 1989.

que, de uma maneira geral, esta idéia tenderia a ser admitida por todos os participantes de uma dada “situação inicial” no modo como foi por ele descrita.

É claro que, entre uma concepção abstrata sobre as ações afirmativas, dentro de um campo geral de realização da justiça como eqüidade, e a validação específica de cada medida ou proposta por meio da qual se busca realizar esse fim, vai uma grande diferença. No entanto, acreditamos que a melhor maneira de se resolver esse problema, passa pela apreciação, não apenas da idéia geral de ação afirmativa, mas de cada medida objetivamente proposta com tal finalidade, pelo mecanismo argumentativo proposto por Rawls – e que engloba, além dos dois princípios de justiça, todo o campo conceitual com eles relacionado e aqui sucintamente apresentado.

> “As noções de estrutura básica, véu de ignorância, ordem lexical, posição menos favorecida, assim como a noção de justiça procedimental pura, são todas exemplos disso. Não se pode esperar que nenhum desses elementos funcione isoladamente, mas, reunidos de forma adequada, eles podem servir muito bem. Seria exagero supor que existe uma solução razoável para todos os problemas morais, ou mesmo para a maioria deles. Talvez apenas alguns possam ser satisfatoriamente resolvidos. De qualquer modo, a sabedoria social consiste na construção de instituições tais, que dificuldades incontroláveis não surjam com muita freqüência, e na aceitação da necessidade de princípios claros e simples. Julgo que por enquanto o que foi dito basta como exposição e explicação dos dois princípios de justiça e da concepção procedimental que eles expressam.”[218]

Acreditamos que o universo conceitual proposto por Rawls em sua “Teoria da Justiça como Eqüidade” se mostra adequado para a mensuração jurídico-constitucional de políticas públicas promotoras de ações afirmativas. Sem termos a pretensão de, nos limites desse trabalho, proceder a um cotejo profundo e minucioso entre as premissas teórico-conceituais que acabamos de expor e os elementos envolvidos na formulação, aplicação, e apreciação judicial de políticas envolvendo discriminações positivas, cremos que sua aplicabilidade a este campo se mostra evidente.

Tanto que, em nossa opinião, os verdadeiros destinatários da chamada “situação inicial” deveriam ser os ministros da Corte Constitucional. É por eles que tal procedimento argumentativo deveria ser recepcionado e aplicado com

[218] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 95-96.

parcimônia sempre que lhes fosse submetido para julgamento questões constitucionais envolvendo o universo da justiça social. Deveriam assumir aquela condição descrita por Habermas no conceito de "comunidade comunicacional ideal", assumindo um compromisso ético e político por meio do qual passariam a se sujeitar aos parâmetros estabelecidos por essa forma de "justiça procedimental". A teia intersubjetiva tecida a partir da Corte Suprema deveria estar especialmente preocupada com questões referentes à legitimidade de suas decisões, e nesse campo, as formulações prescritas por Rawls podem contribuir em muito para aproximar o conteúdo de suas decisões do espírito da Constituição e das expectativas mais sublimes por ela suscitada entre todos nós.

A teoria da justiça como eqüidade de Rawls, mostra-se adequada para a análise e validação das ações afirmativas como instrumento de efetivação da igualdade substancial em um plano genérico e abstrato – justiça da discriminação positiva. Também se apresenta como um instrumental adequado para a avaliação e conseqüente aprovação ou não de cada norma ou ação específica (tanto pública quanto privada) de ação afirmativa instituída no bojo de uma dada sociedade.

A resposta normativa para essas novas configurações sociais e políticas deve ser pensada no interior de uma nova concepção de organização estatal que, com outros autores, denominamos por "Estado Democrático Social de Direito".

Caberá ao Estado Democrático Social de Direito, por exemplo, a difícil tarefa de harmonizar o "princípio majoritário" com a tutela dos direitos fundamentais das "minorias". Trata-se de protegê-las contra o "rolo-compressor" das "maiorias circunstanciais", através de mecanismos relacionados com a rigidez constitucional, com a vedação de retrocesso social,[219] e com a promoção de políticas públicas pautadas pelo princípio da seletividade ("ações afirmativas").

[219] SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<u>TERCEIRA PARTE</u>:
AÇÕES AFIRMATIVAS E
ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO.

CAPÍTULO 1º: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E CONCEITUAIS RELATIVOS AO OJBEJETO PESQUISADO:

Na primeira parte deste nosso estudo, focamos objetivamente a evolução do Estado ocidental moderno. Partindo-se do momento em que se

deu a desestruturação do mundo medieval e o surgimento da primeira de suas formas de manifestação jurídico-política: o Estado nacional-absolutista. Procuramos então, apontar a sua evolução como decorrente do desenvolvimento contraditório das forças produtivas e das relações sociais de produção, que em seu fluxo contínuo e dialético, retoma permanentemente de forma crítica, a idéia de igualdade, forçando uma evolução no plano da superestrutura jurídico-ideológica, da própria concepção de Estado. Dessa forma, sob o imperativo da luta de classes, diversas concepções jurídico-políticas de Estado foram se sucedendo. Ao Estado nacional-absolutista sobreveio o Estado liberal-individualista. Depois, o Estado liberal-democrático, que foi ultrapassado pelo Estado social. E este, viu-se superado pelo Estado democrático social de direito. Procuramos demonstrar nessa primeira parte, a maneira pela qual a "idéia de igualdade" transformou-se definitivamente em um princípio jurídico normativo com *status* constitucional. E uma vez atingido esse patamar, como ele transitou de uma concepção meramente "formal" (Estado liberal), para outra que incorporou, inicialmente, uma dimensão "material" e "universalista" (Estado social) e, posteriormente, ampliou-se ainda mais em uma concepção "substancial" e "objetiva" (Estado Democrático Social de Direito). Em seguida, procuramos descrever sua evolução política e normativa na seara internacional.

Ainda na primeira parte deste nosso estudo, procuramos focalizar a evolução da estatalidade brasileira. Priorizamos a descrição do seu sistema político, apontando sua natureza oligárquica, autoritária e excludente. Na qual, como se não bastasse o fato de durante quatro quintos de sua existência, estruturar-se sobre um regime escravocrata, ainda produziu uma dinâmica política baseada na apropriação privada do patrimônio público. Uma máquina política e administrativa geradora de desigualdade. Procuramos apontar a forma confusa e contraditória pela qual tal estrutura começou a ser questionada e parcialmente modificada, na esteira do populismo que viabilizou o processo de industrialização e que, para tanto, lançou as bases do Estado social no Brasil. Acompanhamos também as contradições e ambigüidades que caracterizaram entre nós esta concepção jurídico-política de Estado, bem como, os elementos que apontaram o seu esgotamento e a necessidade de ultrapassá-lo. Como procuramos demonstrar, buscou-se tal desiderato por

meio de uma nova ordem constitucional, ela própria, expressão de uma nova concepção de normatividade constitucional (“Constituição dirigente”). Por seu intermédio buscou-se romper, através do direito, com os impasses legados pelo nosso passado, para enfim, podermos avançar na busca por uma sociedade (efetivamente) justa e igualitária.

Já na segunda parte desse trabalho, procuramos demonstrar que, ao longo do desenvolvimento do Estado no ocidente, em um itinerário que foi da *Polis* grega, da cidade-Estado, até à constituição de comunidades multinacionais como a União Européia, o elemento fundamental para a sua consolidação e desenvolvimento radicou-se na busca por “legitimidade” político-social. E que, de uma maneira geral, a legitimação do poder político-estatal esteve associada à instituição, manutenção e aprofundamento de alguma concepção de “igualdade”. Procuramos apresentar a evolução da idéia e do princípio jurídico-normativo de igualdade no âmbito do pensamento de alguns dos autores mais representativos de nossa tradição cultural. Partindo de nossas referências fundamentais no pensamento antigo (Platão e Aristóteles), passamos para os autores seminais da filosofia política moderna, focando objetivamente a tradição contratualista (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant) e seu crítico mais destacado (Marx), para finalmente, chegarmos àquele que, em nossa opinião, promoveu uma síntese teórico-dialética de toda essa evolução (Rawls). No contexto dessa reconstrução jurídico-filosófica em torno da apropriação política da idéia de igualdade, buscamos apresentar as linhas gerais de uma “teoria normativa da justiça como igualdade”. E nela encontrar o substrato jurídico-político da legitimidade estatal no ocidente.

Nesta terceira parte que se inicia, procuraremos desenvolver um dos instrumentos mais importantes autorizados pela ordem jurídico-constitucional de 1988, para se tentar atingir esse objetivo: as chamadas “ações afirmativas”. A partir da definição do seu conceito, origem e objetivos buscaremos apresentar sua relação com as concepções formais e materiais/substanciais de igualdade e o seu significado político no âmbito de um Estado Democrático Social de Direito. Em seguida, abordaremos sua evolução específica no contexto da sociedade norte-americana, na qual, foi objeto de uma ampla reflexão política, jurídica e filosófica. Abordaremos também a sua assimilação no âmbito da ordem jurídica internacional, como forma objetiva de tutela dos

direitos humanos referentes a coletividades especificamente designadas. Mais adiante, abordaremos diversos elementos relacionados à sua realização em uma sociedade como a brasileira, dadas as suas peculiaridades e nuances. Feito isso, passaremos a uma avaliação dos fundamentos normativo-constitucionais que a autorizam, no âmbito da ordem jurídico-constitucional criada pela Constituição federal de 1988, bem como, o seu desenvolvimento no plano infraconstitucional, sua natureza de direito fundamental e, as políticas públicas dela decorrentes e até agora empreendidas ou propostas. Em seguida, discutiremos os critérios e os parâmetros jurídico-normativos a partir dos quais poderá se dar um eventual – e bem provável – processo de judicialização das ações afirmativas no interior de nossa ordem político-estatal. Por fim, observaremos alguns pontos polêmicos usualmente apontados em relação à sua ambientação no interior de nossa sociedade.

1.1 - *Em Busca de uma Definição para "Ação Afirmativa"*

> "Atualmente as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias, baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária. Visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou

> específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito."[220]

O conceito de "ação afirmativa" foi elaborado ao longo das últimas décadas nos EUA, e de lá, vêm se propagando por diversos países, inserindo-se no interior de suas respectivas ordens jurídicas. De uma maneira geral, poderíamos defini-la como conjunto de políticas compensatórias e de valorização de identidades coletivas vitimadas por alguma forma de estigmatização. Usualmente são promovidas pelo poder público, diretamente ou através de incentivos à iniciativa privada e à sociedade civil, com o objetivo de se facilitar o acesso a certos bens jurídicos, de natureza material ou simbólica, por parte de indivíduos pertencentes a grupos vulgarmente definidos como "minoritários" ou "vulneráveis". Malgrado a imprecisão conceitual do termo "minoritário", apontam para aqueles segmentos da sociedade que historicamente foram alvo de algum processo de opressão, discriminação ou marginalização étnico-religiosa, social, econômica, política, cultural, sexual, dentre outras. Enfim, trata-se no fundo de um conjunto de políticas de integração, em que se servindo de diversos instrumentos de intervenção (dentre os quais as chamadas "cotas"[221] compõem o instrumento mais conhecido, não sendo, entretanto, o único e nem o mais importante), busca-se

---

[220] GOMES, Joaquim Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. In SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 27.

[221] "Com relação à sua aplicação, a ação afirmativa é usualmente associada à fixação de cotas, ou seja, ao estabelecimento de um número preciso de lugares ou de reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado. Essa hipótese é bem ilustrada no Brasil, pelo art. 289 da Constituição estadual da Bahia, que dispõe: 'Sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma da raça negra'.... é importante chamar a atenção para o fato de que o sistema de quotas é apenas uma das modalidades existentes de ação afirmativa. O governo federal norte-americano, por exemplo, reconhece outros mecanismos que se enquadram nesse conceito, mas que não adotam o sistema de quotas. É o caso da oferta de treinamentos específicos para membros de certos grupos, quando tendentes a corrigir os desequilíbrios existentes, e da reformulação de políticas de contratação e promoção de empregados, levando-se em conta fatores associados aos grupos que se pretende beneficiar (v.g. prestigiar indivíduos bilíngües, de modo a favorecer os grupos sociais de origem hispânica)". MENEZES, Paulo L. **A Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 30.

uma recomposição da estrutura de classes da sociedade contemporânea a partir de um corte “culturalista”.

> “A ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas”.[222]

Cuida-se talvez de um dos aspectos mais expressivos daquilo que poderíamos definir por “pós-modernidade”. No seu interior, os paradigmas típicos da sociedade industrial de massas (que caracterizou o ápice da “modernidade” ocidental), fortemente impregnada por valores referentes à homogeneização difundida pelos interesses estratégicos do Estado-nacional, entram em crise, dando azo ao desenvolvimento de uma nova percepção político-cultural que possui como principal característica a “fragmentação”. Neste sentido, se o mundo moderno assistiu ao apogeu do mito dos chamados “sujeitos históricos” representados por duas classes sociais compactas e globais – a burguesia e o proletariado -, no mundo pós-moderno, assistimos a uma verdadeira “inflação” de *novas identidades*.

Aliás, tais questões, diga-se de passagem, nem são (na sua grande maioria) realmente novas, sendo que muitas delas haviam sido simplesmente sufocadas pela hegemonia homogeneizante da sociedade de massas moderna. Dissolvidas no lugar comum daquilo que os norte-americanos denominaram por “*melting pot*” ou simplesmente “caldeirão cultural”, muitas destas identidades foram reafirmadas como ponto de partida para a reivindicação de ações políticas corretivas que os ideólogos da modernidade consideravam “residuais”, tendentes a desaparecer com o esplendor dos

[222] Op. Cit., p. 27.

mercados desregulamentados ou com a assunção do paraíso na terra através do socialismo.

Mas o fato é que a sociedade de corte neo-corporativo gerada pela modernidade tardia deixou ao relento uma plêiade de segmentos sociais que agora demandam por seus legítimos interesses a partir da valorização de certas características que até recentemente serviam apenas para justificar a sua discriminação. Busca-se então, através de “ações afirmativas”, transformar esta discriminação até agora “negativa”, em uma nova forma de discriminação, desta vez integradora, altiva, e marcada pelo desejo de emancipação – e por isso mesmo apropriadamente denominada em seu conteúdo normativo por “discriminação positiva”.

> “De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Por outro lado, constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia do Estado promovente, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais. Aí se incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. Trata-se, em suma, de um mecanismo sócio-jurídico destinado a viabilizar primordialmente a harmonia e a paz social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso. Bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como conseqüência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, numa palavra, o crescimento do país como um todo.”[223]

Sendo assim, parece importante deixar claro duas coisas: a) que as ações afirmativas só puderam atingir o *status* de políticas públicas de integração porque foram precedidas por um forte movimento de revalorização de identidades até então marginalizadas e renegadas, até mesmo por boa

parte daqueles que eram por elas identificados, e que pode ser definida grosso modo pelo termo "multiculturalismo";[224] b) a instrumentalização do "princípio da igualdade" na apreciação de litígios em torno de políticas públicas objetivamente inclusivas, que passou a ser interpretado pelo Poder Judiciário em sua dimensão mais forte e expressiva, próximo daquilo que John Rawls[225] definiu em sua Teoria da Justiça como "eqüidade".

Nestes termos, sob o ponto de vista estritamente jurídico, podemos dizer que se partiu do "conceito fraco" de igualdade (isonomia em seu sentido formal) para se tentar chegar a um "conceito forte" (isonomia em sentido material/substancial) desenvolvido através de uma concepção renovada de igualdade, que em seu limite, aponta para um "novo contrato social" - que nos EUA se deu no bojo daquilo que a teoria constitucional costuma denominar por "mutação constitucional".

> "o princípio da igualdade jurídica já não se limita apenas a uma igualdade formal ou isonômica, mas ganha traços acentuados de uma igualdade material, ou seja, o referido princípio passa a ser compreendido como um instrumento hábil para implementar, no plano real, uma igualdade efetiva, em consonância com as demais diretrizes constitucionais previstas em cada caso específico. O princípio jurídico, dessa forma, deixa de ser apenas um dos pilares do Estado de Direito, como inicialmente concebido pelos revolucionários franceses, para ser um dos sustentáculos do Estado Social."[226]

Como já ressaltamos na segunda parte dessa dissertação, um dos elementos característicos do Estado social reside exatamente no

---

[223] GOMES, Joaquim Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. In SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 24-25.

[224] O termo multiculturalismo será apreciado no âmbito deste trabalho sob duas perspectivas distintas. Primeiro em uma abordagem estritamente histórica, utiliza-se do termo para caracterizar a sociedade norte-americana como um lócus permanentemente aberto à imigração. Recebendo um fluxo constante de pessoas originárias das mais diversas regiões do planeta, e que em muito contribuíram, com seu trabalho e entusiasmo, para a consolidação e manutenção de um forte espírito empreendedor, tão grato à trajetória economicamente vitoriosa desta nação. Este é o sentido em que o termo está sendo usado nesta parte de nosso trabalho. Mais adiante, voltaremos a utilizar o termo em um outro sentido, como expressão de um fenômeno psicosocial típico da pós-modernidade, desencadeado por transformações tecnológicas propiciadas pelo desenvolvimento de uma sociedade pós-industrial, na qual, tanto as identidades compactas, "classistas", referentes a um "sujeito histórico", quanto a própria identidade coletiva, de massas, vinculada ao Estado-nacional, se enfraquecem, e vão sendo substituídas por uma pluralidade de "novas" identidades ligadas às chamadas questões de gênero (mulheres, negros, hispânicos, deficientes físicos, árabes, homossexuais, etc.).

[225] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

[226] MENEZES, Paulo L. **A Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 27.

estabelecimento de um paradigma assentado no oferecimento de prestações positivas, de natureza material (como serviços de educação e saúde, auxílio à moradia, seguridade social, etc.), e em caráter universal.

Em contrapartida, o Estado Democrático Social de Direito se caracteriza pela promoção de uma série de intervenções legislativas e administrativas com o objetivo de auxiliar "grupos sociais específicos" a obter igualdade de condições para poder competir pelas posições de maior prestígio e remuneração com outros grupos sociais historicamente favorecidos. Neste sentido, os objetivos do Estado Democrático Social de Direito coincidem com aqueles usualmente designados para justificar também as ações afirmativas. Na verdade, podemos mesmo afirmar que as ações afirmativas decorrem dessa característica assumida no ocidente pelo Estado contemporâneo.

> "Em regra geral, justifica-se a adoção das medidas de ação afirmativa com o argumento de que esse tipo de política social seria apta a atingir uma série de objetivos que restariam normalmente inalcançados caso a estratégia de combate à discriminação se limitasse à adoção, no campo normativo, de regras meramente proibitivas de discriminação. Numa palavra, não basta proibir, é preciso também promover, tornando rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de tal sorte que se opere uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva, que são, como se sabe, moldados pela tradição, pelos costumes, em suma, pela história. Assim, além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher. O elemento propulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar. Ou seja, de um lado essas políticas simbolizariam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas teriam também por meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade. Por outro lado, as ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas sobretudo eliminar os «efeitos persistentes» (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada «discriminação estrutural», espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos

> marginalizados. Figura também como meta das ações afirmativas a implantação de uma certa «diversidade» e de uma maior «representatividade» dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada."[227]

1.2 - *A crise do Estado Liberal e a insuficiência do princípio (formal) da igualdade "perante a lei"*

Como já apontado na segunda parte desse estudo, o Estado liberal, preocupado em limpar o terreno social de qualquer resquício medieval, sobretudo, de sua ordem estamental, de toda a sorte de privilégios por ela instituída, tinha como pedra fundamental o princípio da igualdade em sua dimensão formal, de isonomia, por meio da qual se instituiu "a igualdade em face da lei". Fundamentava-se na ideologia liberal individualista, que teve no princípio da autonomia privada o seu mais importante bastião. Esta concepção de Estado, no plano da teoria econômica, mantinha a crença instituída por Adam Smith na chamada "mão invisível". Esta, por mecanismos ocultos como a lei da oferta e da procura, regularia de forma virtuosa todas as necessidades humanas, canalizando mesmo os instintos mais terríveis e destrutíveis para atividades socialmente relevantes, tendo como estímulo fundamental, a promessa do lucro em razão do risco e do trabalho investido. Por isso, o Estado liberal se constituiu como um Estado absenteísta.

Um Estado indiferente à sorte dos indivíduos e coletividades concretamente considerados. Um Estado supostamente neutro. Acreditava – ou queria fazer a sociedade acreditar - que o simples império da isonomia da lei, seria capaz *de per si*, de criar as condições para um crescimento relativametne homogêneo e uniforme da sociedade. E se assim não o fosse em relação a alguns indivíduos, isto se daria por motivos ínsitos às suas personalidades, como baixa motivação, falta de ambição ou preguiça.

Ocorre que, com o passar do tempo, percebeu-se que este Estado não era tão neutro assim, que a maior parte da população, sobretudo, os

---

[227] GOMES, Joaquim Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. In SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 29-30.

assalariados e as minorias étnicas e nacionais, por mais que trabalhassem, não prosperavam. E que as desigualdades denunciadas pelos liberais em relação ao passado medieval, renasciam ainda mais agudas, no ambiente pálido e insalubre criado pela revolução industrial. E o que é pior, com o passar dos tempos, estas situações foram se cristalizando, convertendo-se em assimetrias invisíveis capazes de afastar certos grupos dos benefícios do desenvolvimento econômico ao mesmo tempo em que os mantém atados ao tronco do preconceito e da estigmatização – como acontece de forma acentuada nas sociedades em que se serviu do recurso à escravidão. Em sociedades como estas – como é o caso das sociedades norte-americana, brasileira, ou sul-africana -, a simples afirmação do princípio da igualdade formal é insuficiente para propiciar a emancipação civil e econômica de comunidades secularmente discriminadas.

> "Com efeito, a sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: neutralidade em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo. Esta era, como já dito, a visão liberal derivada das idéias iluministas que conduziram às revoluções políticas do século XVIII. Mas essa suposta neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis disposições normativas constitucionais e legais, muitas delas instituídas com o objetivo explícito de fazer cessar o status de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou."[228]

Foi neste sentido que afirmamos que o Estado Social foi o resultado de um desenvolvimento histórico específico da luta de classes no âmbito das

sociedades situadas no centro do mundo industrial moderno. Caracterizou-se pelo desenvolvimento de um grande acertamento jurídico-político, negociado a partir dos grandes sindicatos e partidos operários, por meio do qual se construíram instituições políticas sólidas e comprometidas com a redução das desigualdades sociais a partir de significativos investimentos públicos em setores vitais como saúde, educação, rígida regulamentação do mercado de trabalho, e amplos programas de seguridade social.

Foi fermentado no caldo grosso do grande enfrentamento ideológico entre os apologetas do capitalismo e do comunismo, que marcou cerca de século e meio de história no ocidente (1848-1989), e acabou resultando no período do pós-Segunda Guerra em uma efetiva "terceira-via" representada pelo Estado Democrático Social de Direito - comumente identificado pela expressão "*welfare state*".

No âmbito propriamente jurídico, o Estado Democrático Social de Direito definiu-se pela progressiva transformação da episteme normativa ocidental. Esta se deslocou do individualismo extremo protagonizado nos primeiros anos do século XIX pelo Código de Napoleão, no qual se afirmou a autonomia inconteste da Lei Civil sobre a Ordem Constitucional. Neste contexto, a Constituição era concebida fundamentalmente como uma "carta política" destinada a demarcar a separação dos poderes e a limitar a intervenção estatal no plano sócio-econômico. Além dos movimentos político-sociais que reivindicaram uma ampliação do seu catálogo de direitos, a modificação de tal percepção foi facilitada pelo desenvolvimento peculiar do constitucionalismo nos EUA. Neste ponto, devemos dar um destaque especial para o movimento pendular de sua Suprema Corte ao longo dos últimos 200 anos – no âmbito político-institucional. Contribuiu também a ampla divulgação e aceitação de vários pressupostos teóricos elaborados pelo "positivismo jurídico" de Hans Kelsen – em especial, o próprio princípio da supremacia da Constituição, cujo reconhecimento até então se limitava aos EUA, remontando à celebre decisão de 1803 no caso *Marbury Vs. Madison*. E, paradoxalmente, as tentativas de ultrapassagem desse mesmo positivismo, após a 2ª. Guerra mundial, sobretudo, na Alemanha, em torno do desenvolvimento dos postulados

[228] Op. Cit., p. 4.

normativos postos pela Constituição de Bonn (1949) – em especial pelo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da "cláusula do Estado de Direito Social" conforme demonstramos na segunda parte desse estudo.

O Estado Social de Direito foi, sobretudo, uma solução de compromisso. Um pacto negociado no interior de uma estrutura social neocorporativista, fundamentado em um contrato social solene representado pela Ordem Constitucional, e lastreado na divisão politicamente orientada de parte da riqueza nacional. Estabilidade jurídica criando as bases de uma razoável estabilidade político-social.

Em retrospectiva histórica, podemos situar os seus primórdios no Estado Social criado pela Constituição do México de 1917 e, sobretudo, na Constituição alemã de Weimar de 1919. Nesta sua primeira grande onda de desenvolvimento, teve o seu ponto culminante no enfrentamento levado a termo por Franklin D. Roosevelt contra a orientação ultraliberal da Suprema Corte dos EUA, que em princípio, opôs forte resistência ao conjunto de medidas interventivas que caracterizaram o "*New Deal*".

> "A intervenção do Estado na sociedade civil como única possibilidade vislumbrada de se reerguer uma economia então debilitada e vulnerável, representou uma dura experiência para o povo norte-americano que, com a edição do célebre plano New Deal, precisou assimilar novos conceitos e práticas. Diante do quadro econômico e social existente, nem mesmo a Suprema Corte dos Estados Unidos foi poupada, e viu-se obrigada a rever, em uma série de decisões históricas, a sua posição tradicional sobre o papel regulamentar do Estado. Como bem sintetizou Bernard Schwartz, o New Deal da Administração Roosevelt significou a própria negação do laissez-faire. O New Deal envolveu um grau de controle governamental da parte de Washington muito maior do que qualquer outro tentado antes no sistema americano".[229]

Todavia, foi no pós-guerra caracterizado pela radicalização do conflito ideológico e geopolítico travado no âmbito da chamada "guerra fria", que o Estado Democrático Social de Direito se consolidou no âmbito das sociedades ocidentais mais desenvolvidas - e acabou por ser adotado até mesmo em sociedades localizadas no extremo oriente (Japão).

> No contexto europeu, por exemplo, a partir do pioneirismo alemão cujos pressupostos e fundamentos foram desenvolvidos na segunda parte dessa dissertação, o modelo se impôs a praticamente todas as orientações políticas. Acabou, inclusive, por erodir as estruturas autoritárias que haviam resistido ao final da 2ª. Guerra Mundial. Foi esse o caso da Península Ibérica em torno do processo de redemocratização de Portugal após a Revolução dos Cravos e a realização de sua Assembléia Nacional Constituinte (1976), bem como, da Espanha após a morte de Franco e o grande acertamento em torno do "Pacto de Moncloa" (1978).

1.3 - *O Estado Democrático Social de Direito e a consagração do princípio (material/substancial) da igualdade "através da lei"*

O Estado Democrático Social de Direito reivindica o legado liberal que consolidou o princípio da igualdade em seu sentido formal, enquanto "isonomia", mas procura sua realização no contexto de uma cultura republicana, como "desprivatização" do interesse público, supressão de privilégios. Ao mesmo tempo, relativizou este princípio ao incorporar a máxima segundo a qual "a desigualdade se perpetua quando a lei trata igualmente os desiguais". Formaram-se então hegemonias políticas que viabilizaram uma maior integração destas sociedades nacionais com base na aceitação – pela maioria da população – de políticas de redistribuição voltadas especialmente para os trabalhadores (normatização das relações trabalhistas), para os desempregados (assistência social), e para as regiões mais pobres e atrasadas da sociedade nacional.

Reconhecida à força normativa da Constituição e o princípio que garante a sua supremacia, pôde o Estado Democrático Social de Direito passar da "igualdade formal" à luta pela progressiva "igualdade material". Esta se deu no interior de uma ordem Constitucional caracterizada pela consagração de

---

[229] MENEZES, Paulo L. **Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 27.

direitos a “prestações positivas” do Estado (*facere*), de natureza eminentemente econômico-social, que se acrescentaram no elenco de direitos fundamentais às “prestações negativas” (*nom facere*) típicas da aurora da burguesia liberal. Inspirados por Norberto Bobbio poderíamos dizer que se tratou de uma fusão dos princípios norteadores da 1ª. e da 2ª. “geração” ou “dimensão” de direitos fundamentais.

Foi a partir de um arranjo sócio-político propiciado por este novo paradigma constitucional, que se deu à explosão de uma sociedade de consumo de massas. Com o seu rápido desenvolvimento ao longo das duas primeiras décadas do pós-guerra, percebeu-se a necessidade de constituir-se uma nova plataforma de direitos que salvaguardasse melhor os interesses “metaindividuais”. Dentre estes, temos tanto os destituídos de valor econômico imediato (meio ambiente), quanto os interesses econômicos despersonalizados – como os expressos nesta sociedade de consumo de massas na qual as relações obrigacionais também passaram a se dar majoritariamente em torno de “contratos de adesão” marcados por uma forte assimetria econômica e jurídica entre os pactuantes. Ademais, para além da clássica divisão típica da sociedade industrial, que opunha a burguesia ao proletariado, começaram a surgir inúmeras demandas de natureza coletiva, em torno de identidades construídas com base em um imaginário social fundamentado na idéia de “gênero”. Tratou-se de um novo referencial para a luta de grupos comumente denominados por “minoritários” – como, por exemplo, negros, mulheres, homossexuais, idosos, crianças e adolescentes, deficientes físicos, etc.

Dessa forma, não obstante as pluralidades históricas e terminológicas que marcaram a especificidade do desenvolvimento jurídico-político de diferentes sociedades ocidentais contemporâneas pode-se incluir as ações afirmativas, no âmbito dos chamados “direitos transindividuais” ou “metaindividuais” – gênero no interior do qual costumamos diferenciar várias espécies, tais como: interesses “difusos”, “coletivos”, e “individuais homogêneos”.

Tratam-se no caso, de “interesses coletivos” em seu sentido “material”, que reclamam inicialmente intervenções legislativas e políticas públicas levadas a cabo pelo Poder Executivo. E em um segundo momento um novo e sofisticado mecanismo de tutela jurídica rompeu com o clássico esquema

processual introduzido na aurora da ordem jurídica liberal burguesa. De viés ultra-individualista, este modelo estava fundamentado na metáfora da “relação triangular”, composta por um autor, um réu, e um juiz. Passou-se então a admitir-se a legitimação ativa de certas pessoas e entidades para a representação processual coletiva. Além disso, como a maior parte dos instrumentos instituidores de interesses coletivos e difusos (assim como nas políticas públicas amparadas ações afirmativas), lastreiam-se em regras e princípios constitucionais, o Poder Judiciário passou a ser provocado para se pronunciar a seu respeito também no âmbito do chamado “controle de constitucionalidade”.

Em face disso, podemos asseverar que as “ações afirmativas” representam o mais recente estágio de evolução do Estado Democrático Social de Direito em sua luta pela transformação da “igualdade formal” em “igualdade material” – estando obviamente as conquistas que ratificam tal transformação sujeitas ao princípio da “reserva do possível”.

Mas o fato mais importante a se ressaltar nesse percurso, diz respeito exatamente à forma pela qual a velha máxima da *igualdade perante a lei* ou *em face da lei* se viu substituída agora pela *igualdade através da lei*. A partir de um novo campo de normatividade instituído pelo Estado Democrático Social de Direito, sobretudo, naquelas ordens jurídico-constitucionais concebidas na forma de Constituições dirigentes. Nestas, nas quais subjaz um acordo político de base entre os principais agentes sociais, no sentido de se projetar no futuro uma nova ordem marcada pelos ditames da justiça social, os princípios constitucionais – como desenvolveremos com mais vagar mais a frente – constituem verdadeiros comandos endereçados a todos os poderes estatais. Dentre estes, o Executivo e, sobretudo, o Legislativo que se encontra vinculado pelo programa normativo constitucional, devendo desenvolvê-lo por meio de legislação infraconstitucional. Ao mesmo tempo, os princípios constitucionais fornecem ao judiciário os parâmetros normativos necessários para o controle e a ratificação de tais iniciativas. A ordem jurídica deixa de ser expressão de uma trincheira de conservação do *status quo*, de manutenção de privilégios e de sujeições, e passa a ser instrumento de transformação na busca de uma sociedade mais equilibrada. A lei deixa de ser o bastião de uma realidade estática para se converter em agente de uma ordem social aberta e dinâmica.

1.4 - *Tipos de Discriminação e Modalidades de Ações Afirmativas*

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes,[230] as diversas formas por meio das quais práticas discriminatórias podem se manifestar admitem sua classificação em dois grandes grupos: as "***discriminações intencionais***", nas quais podemos ainda subdividi-las em *explícitas* e *implícitas*; e as "***discriminações não intencionais***".

Percebe-se a existência de discriminação explícita em situações nas quais o critério discriminatório se apresenta com nitidez e objetividade, visível já em um primeiro e superficial exame do dispositivo normativo ou do ato por meio do qual se introduz uma dada exclusão e/ou inclusão. Neste sentido, todas as modalidades explícitas seriam discriminações intencionais, não se verificando o mesmo, contudo, em sentido contrário, visto que, existem discriminações intencionais implícitas.

No âmbito das *discriminações intencionais explícitas*, percebemos sua ocorrência quando, deliberadamente, se defere a um determinado indivíduo ou coletividade um tratamento desigual em qualquer atividade pública, tais como concursos e promoções ou, no mesmo sentido, junto à iniciativa privada, em razão de cor, raça, sexo, religião, bem como, qualquer outra característica que a distinga da maioria naquele meio determinado.

Muitos são os que criticam a opção feita pelo legislador brasileiro, considerada inadequada,[231] ao tentar enfrentar essa modalidade discriminatória por meio de uma tutela penal, visto que, esta impõe um severo ônus probatório para a acusação, seja ela interposta pela própria vítima através de queixa-crime ou pelo Ministério Público. Igualmente, em ações civis indenizatórias, cabe ao autor o ônus da demonstração do tratamento discriminatório.

Cabe ainda ressaltar que, embora a discriminação intencional configure, via de regra, uma situação de fato ilícita, visto que, contraria o princípio da

---

[230] GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro e São Paulo: 1ª. Edição, 2001.

isonomia em seu sentido formal, há circunstâncias em que, elas podem ocorrer em consonância com o direito. Sobretudo, quando a discriminação apresentar-se como essencial ou necessária para o desenvolvimento de determinada modalidade de trabalho ou serviço, no qual se exige habilidades técnicas específicas ou nas quais uma determinada tarefa pode ser melhor realizada ou deve necessariamente ser efetuada por integrantes de um determinado sexo ou raça. Seriam situações nas quais, devido à "natureza do negócio", mostrar-se-ia necessário alguma seleção discriminatória dos indivíduos. Segundo a doutrina, seria o caso, por exemplo, de um concurso público cujo edital fixa que apenas mulheres poderiam participar do mesmo, visto que, se destinaria ao recrutamento de agentes penitenciários para atuarem em presídio reservado exclusivamente para mulheres. Por meio de tal medida, busca-se evitar constrangimentos de natureza moral nas atividades de contato direto como revistas e o transito por locais nos quais as presidiárias desenvolvem atividades intimas.

> "A própria OIT, dando acolhida a essa teoria das necessidades do negócio (*business necessity*) elaborou a Convenção de n. 111, a fim de atestar a sua regularidade e conformidade com os pressupostos gerais do direito."[232]

No mesmo plano dessa modalidade de discriminação intencional legítima, situam-se aquelas que foram batizadas de "discriminações positivas", aplicadas por intermédio de políticas públicas que se tornaram conhecidas como "ações afirmativas" – cujo conteúdo foi expresso a pouco. Nessa modalidade, busca-se um meio ativo por meio do qual se impeça que a mera garantia de igualdade formal se constitua em fator de perpetuação de desigualdades estruturalmente instituídas e compartilhadas – até mesmo de forma inconscientemente pela cultura de uma determinada sociedade. Possuiriam caráter redistributivo e restaurador, pressupondo necessariamente uma desigualdade oficial ou historicamente comprovada, e sendo instituídas em caráter necessariamente temporário e veiculando objetivos sociais equânimes – conforme estamos a demonstrar ao longo desse trabalho.

---

[231] SILVA, Alexandre Vitorino. **O Desafio das Ações Afirmativas no Direito Brasileiro**. <http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=3479>. Acesso em: 12 jan. 2007.
[232] Op. Cit., p. 6.

Justifica-se a introdução desta modalidade de discriminação positiva entre as discriminações intencionais exatamente porque por meio delas se busca corrigir uma situação histórica de desigualdade, de marginalização. Tanto que, tais políticas devem ser monitoradas, de forma que se não lograrem em um tempo razoável os objetivos que justificaram sua implementação, devem ser substituídas por outras que se mostrem mais adequadas para atingir tal objetivo. Há que se ressaltar ainda que, a discriminação pretérita que motivou a discriminação positiva superveniente pode ter uma origem intencional explícita (políticas de segregação) ou velada (racismo e/ou preconceito velado no bojo de uma determinada tradição cultural).

É o que podemos observar, sobretudo, no âmbito do debate norte-americano acerca da constitucionalidade das ações afirmativas, em especial, por uma concepção que ficou conhecida como "teoria do impacto desproporcional" (*disparate impact doctrine*). Trata-se de uma derivação do princípio constitucional da proporcionalidade, reconhecido pela Suprema Corte como postulado normativo de aplicação da cláusula do devido processo legal em seu sentido substancial (*substantive due process*). Por meio dela, se propugna uma análise caso-a-caso das políticas públicas que, buscando garantir a todos igual tratamento, verifique se as mesmas se mostram efetivamente adequadas, necessárias e razoáveis. Se a aplicação do princípio da igualdade em sua acepção formal se mostra suficiente, ou, ao contrário, seria o caso da aplicação de sua acepção material/substancial.

> "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 conseqüência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência desproporcional sobre certas categorias de pessoas."[233]

Neste sentido, a jurisprudência norte-americana, ao avaliar essa modalidade de impacto serve-se de estudos de natureza sociológica e estatística, procedendo quando necessário, o controle de constitucionalidade dos atos legislativos ou administrativos. Em certas circunstâncias, tal avaliação

acaba por demonstrar a impossibilidade de aplicação do conceito formal de igualdade, mesmo em situações, nas quais, o poder público ou a iniciativa privada agiram de boa-fé, procurando selecionar ou recrutar pessoas por critérios "cegos à cor" (*color-blind*). Isto ocorre, por exemplo, em uma situação na qual uma determinada empresa condiciona a promoção de seus empregados às funções de maior hierarquia à aprovação em testes intelectuais, sem levar em consideração, que parte deles, possam ter sido submetidos, de forma compulsória, a instituições escolares de pior qualidade em relação a outros grupos. Em uma situação como essa, justifica-se a aplicação da teoria do impacto desproporcional como forma de se corrigir uma injustiça provocada por políticas ou legislações pretéritas.

Foi o que de fato se verificou nos EUA em torno do famoso caso *Griggs Vs. Duke Pawer Company*, na qual a Suprema Corte, reconhecendo que os negros haviam sido prejudicados por décadas em que se viram obrigados a estudar em escolas segregadas, sabidamente de pior qualidade do que aquelas destinadas à população branca, admitiu expressamente duas formas de discriminação "veladas": o impacto adverso e a perpetuação no presente dos efeitos de discriminação ocorrida no passado.

> "A Suprema Corte ao apreciar a questão, entendeu que os testes em pauta, embora fossem aparentemente neutros (os mesmos testes eram exigidos, indiscriminadamente, de todos os funcionários e candidatos), terminavam tendo um impacto racial adverso (*disparate racial impact*), o que resultava em discriminação. Segundo o Presidente do Tribunal, Warren Burger, a intenção do Congresso, ao disciplinar a matéria, não foi a de proibir apenas a discriminação manifesta, mas também as condutas que perpetuassem, ainda que indiretamente, as diferenças raciais indesejáveis. Nas suas palavras, se 'uma prática de emprego que opera para excluir negros não pode ser aprovada [por parte do empregador] como uma decorrência da execução do trabalho (*job performace*), esta prática é proibida'. Com esse julgamento, restou cristalizada a teoria do impacto adverso ou diferenciado, segundo a qual os autores de processos judiciais poderiam demonstrar a natureza discriminatória de várias práticas, tais como simples testes de inteligência ou aptidão, pela mera comprovação estatística do desequilíbrio racial (ou outro qualquer) que resultava das mesmas. Além do mais, eles não precisavam provar que os empregadores tinham a intenção de promover a discriminação,

[233] GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro e São Paulo: 1ª. Edição, 2001, p. 24.

> mas apenas que práticas especificas, independentemente de quaisquer motivos, tinham reflexos discriminatórios para os negros ou outros segmentos da sociedade."[234]

No que diz respeito à prática das chamadas "*discriminações intencionais implícitas*", ocorrem estas na medida em que, muitas vezes, o agente que impõe a exclusão, o faz de forma dissimulada. Em algumas circunstâncias, pode resultar de uma interpretação maliciosa de determinada disposição legislativa, uma discriminação na aplicação do direito, na qual inexiste um caráter ostensivo de discriminação. A doutrina costuma apontar dois subtipos: no primeiro, a norma em si, não traz elemento discricionário algum, mas a aplicação da norma revela resultados paradoxais no sentido de desfavorecimento desarazoado de um determinado grupo em detrimento de outro. Já no segundo subtipo, não obstante o critério discriminatório não seja intencionalmente revelado, existiria um verdadeiro desvio de finalidade legislativa, na medida em que, sub-repticiamente, com base em um critério aparentemente neutro, o legislador introduziria um dispositivo com finalidade discriminatória.

> "O caso clássico dessa segunda modalidade no direito americano é o *Yick Wo*, 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."[235]

Por fim, temos as chamadas *discriminações não intencionais*. Estas decorreriam de alguma omissão, constituindo-se em discriminações de fato. Tal modalidade discriminativa decorreria não de um propósito explícito ou implícito de exclusão de grupos determinados, tampouco de ato comissivo da administração ou do legislativo – nem mesmo de particular. Mas resultaria da

---

[234] MENEZES, Paulo L. **Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 96-97.
[235] SILVA, Alexandre Vitorino. **O Desafio das Ações Afirmativas no Direito Brasileiro**. <http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=3479/ p. 8>. Acesso em: 12 jan. 2007.

indiferença e da passividade do poder público em face de grupos sociais expostos a processos recorrentes de marginalização, sujeitos a diversas formas de estigma, abandonados à própria sorte, em razão de uma aplicação equivocada do conceito formal de igualdade. Resulta pois da ausência de políticas públicas ou de iniciativas privadas destinadas à reversão desse quadro de exclusão de oportunidades, por meio do qual, se cria uma espécie de "naturalização das desigualdades". Estas, acabam por ser ignoradas por boa parte do Estado e dos grupos integrados da sociedade. Os que por ela são atingidos, tornam-se simplesmente "invisíveis". Uma espécie de discriminação inconsciente, ou como preferiu Alexandre Vitorino da Silva, parafraseando a famosa passagem de Sérgio Buarque de Holanda, tratar-se-ia de uma "discriminação cordial", fundada em um exercício de poder "simbólico" pelos agentes da exclusão.

Tratando do mesmo tema de uma forma mais genérica, Celso Antônio Bandeira de Mello procurou, com muita propriedade, fixar algumas regras capazes de assegurar no plano normativo a igualdade de tratamento, ou em outros termos, regras autorizadoras e desautorizadoras de discriminação. Nesse sentido, o estabelecimento de discriminações não poderia ser realizado sem a violação ao princípio da isonomia em relação a três aspectos: a) o primeiro diz respeito ao elemento tomado como fator de desequiparação; b) o segundo reporta-se à uma correlação lógica e abstrata existente entre o fator instituído como critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico em concreto; c) o terceiro fator diz respeito à consonância desta correlação lógica com os interesses tutelados pelo sistema constitucional e, portanto, juridicizados.

Neste sentido, dever-se-ia primeiro identificar o que é adotado como critério discriminatório; depois verificar se existe alguma justificativa racional, algum fundamento lógico para, em razão desse critério, atribuir-se o tratamento desigual; e, finalmente, analisa-se o fundamento racional abstratamente existente e verifica-se se objetivamente, tal fundamento encontra-se perfilado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. Neste sentido, requerer-se-ia mais do que uma simples correlação lógico-abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente, exigindo-se ainda a

existência de uma correlação lógico-concreta verificável em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional.

Segundo o autor, tais aspectos não deveriam ser considerados isoladamente, mas somente a conjunção de todos os três permitiria uma interpretação adequada do problema. Nestes termos, se a norma estiver ajustada ao princípio da igualdade sob o primeiro aspecto, cumpriria examiná-la, sucessivamente, em relação aos outros dois – sendo que a ofensa a qualquer deles, seria *per si* suficiente para desqualificá-la. Nestes termos, apresenta em resumo as suas conclusões:

> "Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I- a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II- a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator "tempo" – que não descansa no objeto – como critério diferencial. III- a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrímen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV- a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrímen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V- a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita."[236]

Quanto às modalidades de ações afirmativas, ou os instrumentos objetivos de que se pode utilizar para instrumentalizá-las, já afirmamos que estes não se resumem às chamadas cotas. Estas, se mostram necessárias e adequadas em situações nas quais a utilização de outro meio demandaria um tempo muito longo, com resultados incertos quanto à sua concretização nos termos esperados, com fragrantes prejuízos para os grupos e indivíduos vitimas de processos de marginalização e de estigmatização. Tratam-se elas de medidas urgentes, por isso detentoras de um maior grau de litigiosidade – visto que, em razão da instituição de um postulado que beneficia a sociedade como um todo a médio-longo prazo, pode-se limitar as expectativas de alguns

[236] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 47-48.

indivíduos no curto prazo. Mais adiante voltaremos a abordar o critério das cotas de forma específica, indagando sobre os elementos constitucionais que a circundam. Por ora, gostaríamos apenas de adiantar que, mesmo com a sua aplicação, ela por si só, não é suficiente para garantir a realização dos objetivos que de um maneira geral legitimam políticas públicas de ação afirmativa.

Neste sentido, ainda que a título ilustrativo, gostaríamos de apontar algumas modalidades de ações afirmativas que poderiam ser utilizadas pelos poderes estatais. Sendo assim, paralelamente ao recurso às cotas, poder-se-ia instituir programas baseados em metas, por meio das quais, se fixaria uma dada proporção de indivíduos pertencentes a grupos minoritários que se esperaria ver integrados em certas instituições públicas e em posições de comando e liderança nas empresas. Na busca pela concretização de tais metas poderiam ser estabelecidos critérios diferenciados de tratamento e mecanismos preferenciais de natureza positiva em contextos determinados, tais como escolas e universidades, empresas, serviço público, produção cultural, programas específicos de saúde (como por exemplo o atendimento a anemia falciforme), dentre outros.

Tais mecanismos podem ser combinados com diversos instrumentos, tais como: currículos e livros didáticos, propostas pedagógicas, formação de agentes comunitários, instituição de datas comemorativas relevantes para os grupos beneficiados, serviços públicos específicos, campanhas publicitárias, projetos culturais voltados para a valorização das identidades coletivas alvo de estigmatização pretérita. Pode-se ainda pensar em diversas modalidades de promoção na qual se institua um sistema de bônus por meio dos quais o pertencimento a um grupo vulnerável implicaria na atribuição de pontos em relação a outros critérios que conjuntamente definiriam o resultado da seleção. Não se pode também menosprezar a introdução de mecanismos de incentivos fiscais como instrumento poderoso e eficaz para estimular as empresas privadas a aderirem a tais políticas. Enfim, existe um extenso rol de medidas que poderiam ser manejadas com vistas à promoção social desses grupos específicos.

> "No que pertine às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). De crucial importância é o uso do poder fiscal, não como mecanismo de aprofundamento da exclusão, como é da nossa tradição, mas como instrumento de dissuasão da discriminação e de emulação de comportamentos (públicos e privados) voltados à erradicação dos efeitos da discriminação de cunho histórico. Noutras palavras, ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas. (...) Ação afirmativa é um conceito que, usualmente, requer o que nós chamamos metas e cronogramas. Metas são um padrão desejado pelo qual se mede o progresso e não se confunde com cotas. Opositores da ação afirmativa nos Estados Unidos freqüentemente caracterizam metas como sendo cotas, sugerindo que elas são inflexíveis, absolutas, que as pessoas são obrigadas a atingi-las". A política de ação afirmativa não exige, necessariamente, o estabelecimento de um percentual de vagas a ser preenchido por um dado grupo da população. Entre as estratégias previstas, incluem-se mecanismos que estimulem as empresas a buscarem pessoas de outro gênero e de grupos étnicos e raciais específicos, seja para compor seus quadros, seja para fins de promoção ou qualificação profissional. Busca-se, também, a adequação do elenco de profissionais às realidades verificadas na região de operação da empresa. Essas medidas estimulam as unidades empresariais a demonstrar sua preocupação com a diversidade humana de seus quadros. Isto não significa que uma dada empresa deva ter um percentual fixo de empregados negros, por exemplo, mas, sim, que esta empresa está demonstrando a preocupação em criar formas de acesso ao emprego e ascensão profissional para as pessoas não ligadas aos grupos tradicionalmente hegemônicos em determinadas funções (as mais qualificadas e remuneradas) e cargos (os hierarquicamente superiores). A ação afirmativa parte do reconhecimento de que a competência para exercer funções de responsabilidade não é exclusiva de um determinado grupo étnico, racial ou de gênero. Também considera que os fatores que impedem a ascensão social de determinados grupos estão imbricados numa complexa rede de motivações, explícita ou implicitamente, preconceituosas."[237]

Dessa forma podemos perceber com um pouco mais de clareza que as políticas públicas pautadas por ações afirmativas possuem grande flexibilidade. De uma maneira geral, o importante é fazer deslanchar mecanismos que revertam, dentro de um lapso temporal razoável, as expectativas negativas atribuídas a determinados grupos no que diz respeito à sua prosperidade

[237] GOMES, Joaquim Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. In SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 38.

material e à consideração de que são objeto no meio social em que estão inseridos.

CAPÍTULO 2º: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO E DAS PRÁTICAS BASEADAS EM AÇÕES AFIRMATIVAS:

2.1 - ***Peculiaridades da formação histórico-social dos EUA***

Não há como se negar uma nota peculiar ao processo de constituição e desenvolvimento da sociedade norte-americana em relação ao conjunto

daquilo que cinco séculos atrás foi chamado de “novo mundo”. Trata-se de uma comunidade que se auto-instituiu sob uma perspectiva redentora, messiânica, a partir do imaginário ultra-religioso e moralista dos primeiros “peregrinos”. Os primeiros ingleses aportaram na costa leste do continente no século XVII. Em 1620, o Mayflower chegou a Massachusetts, e entre os fundadores das colônias, predominava a idéia segundo a qual esta nova sociedade deveria ser racialmente homogênea - “uma Nova Inglaterra e uma Virgínia (assim chamada em homenagem à Rainha Elizabeth, a ‘Rainha Virgem’) espelhando a população do país de origem dos colonizadores”.

No entanto, em pouco tempo, graças à evolução da divisão internacional do trabalho que impôs a boa parte do território uma economia exportadora baseada no sistema de “*plantation*”, esta sociedade que “nasceu” homogênea (desprezando-se por esta percepção a existência das nações indígenas que lá residiam), fundamentada economicamente na pequena propriedade familiar (“*farmer*”) tornou-se “dual”. Nascia o latifúndio exportador e a escravidão negra, dividia-se o país entre norte e sul - e mais tarde, no bojo da guerra de secessão, entre federados e confederados. Aliás, o primeiro navio negreiro, de origem holandesa, aportou na Virgínia um ano antes do Mayflower – para abastecer a nascente monocultura do fumo.

Segundo Ronald Takaki,[238] “pouco tempo depois da Revolução Americana estabelecer uma República independente, o Congresso dos Estados Unidos aprovou uma lei segundo a qual somente as pessoas "brancas" poderiam se naturalizar como cidadãs. Alguns anos mais tarde, pouco antes de o presidente Thomas Jefferson negociar a aquisição da Louisiana, ele disse a James Monroe que desejava que no futuro, este continente fosse ocupado por "um povo que falasse a mesma língua, fosse governado por formas similares, e por leis similares". Mas "o povo" que Jefferson via no continente era somente o povo branco”.

Ainda segundo Takaki, “a aquisição que Jefferson fez deste território no oeste, no entanto, abriu caminho para uma expansão que, por sua vez, levou à anexação do Sudoeste, e à inclusão das suas populações indígenas e

[238] TAKAKI, Ronald. **A Different Mirror: A History of Multicultural America.** Berkeley: Little, Brown and Company**,** 1993, p. 16.

mexicanas, e também às migrações da China e do Japão rumo ao leste, ou seja, à América. No final do século XIX, nos EUA, uma sociedade moderna e multirracial havia sido formada no cadinho da expansão rumo ao oeste e da industrialização. Trabalhadores imigrantes da China e da Irlanda haviam construído a estrada de ferro transcontinental, a faixa de aço que atravessou a face da América e que proporcionou o sistema de transportes para o desenvolvimento da agricultura assim como da indústria, ligando as grandes e pequenas cidades de costa a costa. Imigrantes irlandeses trabalhavam em fábricas da Nova Inglaterra, que produziam têxteis a partir do algodão cultivado por escravos negros em terras tomadas dos índios e mexicanos. A realidade dessa diversidade étnica e racial levou o escritor norte-americano do século XIX, Herman Melville, a observar: 'O sangue do mundo flui nas veias dos americanos. Não somos uma tribo limitada".

Desta maneira, em especial após a Guerra de Secessão e ao fim da escravidão, no contexto da ocupação das terras a oeste e da industrialização, a sociedade dual foi dando lugar a uma sociedade etnicamente plural, multicultural.

> "Além da economia que integrou os nossos diferentes grupos, havia algo mais profundo, que nos unia como americanos. Quando Jefferson escreveu aquelas poderosas palavras, "todos os homens são criados iguais", ele não estava estendendo aquele "direito inalienável" aos negros. O autor da Declaração da Independência possuía 200 escravos. Mas oitenta e sete anos depois, durante a Guerra Civil Americana, o presidente Abraham Lincoln redefiniu a igualdade como um direito de todos, não importava qual fosse a sua raça. A igualdade era a "proposta" central da nossa nação, ele declarou, e os americanos tinham uma obrigação de continuar essa "obra inacabada". Em Gettysburg, Lincon reconheceu a contribuição de 186.000 soldados que ajudaram a preservar esta União. Incitando seus irmãos negros a lutar, Frederick Douglas havia argumentado que a Constituição dizia, "Nós, o Povo", e não, "Nós, o Povo Branco."[239]

No entanto, aqueles que se imaginavam como pertencentes ao "núcleo fundador" desta "nova sociedade", continuaram se sentindo diferentes - mais americanos do que os "outros". Dentre estes, alguns foram logo afirmando sua

[239] Op. Cit., p. 22.

“identidade” com base na violência – no vácuo deixado pelo fim da escravidão no sul do país, surgiram os paladinos da Klu Klux Klan. Outros, mais ao centro e ao norte, passaram a se autodenominar sugestivamente por “wasp” – brancos, anglo-saxônicos e protestantes. Ou seja, no âmbito desta “mentalidade *wasp*”, não bastava ter a “pele branca” para ser reconhecido como tal.

Esta identidade super-restritiva tratou então de enquadrar como cidadãos de segunda classe irlandeses, italianos, poloneses (católicos), tanto quanto chineses, japoneses, etc. E na perspectiva jurídica, definida pela Suprema Corte com base na doutrina dos “iguais, porém, separados” (que mais adiante retomaremos) foi se constituindo uma “sociedade por sedimentação”. Nesta, as sucessivas ondas de imigração – sobretudo européia e asiática – foram sendo assimiladas, porém, mantidas à margem da sociedade, retalhando o espaço geográfico de suas grandes cidades em uma federação étnico-cultural, composta por bairros nos quais os grupos que compõe esta “colcha de retalhos” se auto-segregam - e que tanto dificultou uma integração social nos termos em que foi idealizada para o chamado “novo mundo”, em torno da idéia de “*melting pot*” ou “caldeirão cultural”. Ao invés de uma sociedade pautada na assimilação, no desapego das antigas identidades para o renascimento em uma outra “nova”, enfim, ao invés da “feijoada”, optou-se pelo “prato de salada”.

E não obstante toda a dedicação oferecida por gerações de imigrantes ao longo de quase um século, a situação de discriminação e marginalização destes grupos não se alterou. Somente com a 2ª. Guerra Mundial e a polarização ideológica entabulada contra o nazismo, foi que a questão da integração racial começou a ser colocada como problema real pelo *status quo* intelectual e político. Em 1944, Gunnar Myrdal afirmou que “ao se engajar na sua ‘guerra ideológica’ contra o nazismo, os americanos devem aplicar o princípio da democracia mais explicitamente à raça. O fascismo e o nazismo se baseiam em um dogma de superioridade racial... e esses governos chegaram ao poder por meio da perseguição racial e da opressão. Portanto, os americanos devem apoiar, perante o mundo inteiro, a tolerância e a igualdade racial. Este país, prossegue Myrdal, "tem uma experiência nacional de unir diversidades raciais e culturais e uma teoria nacional, senão uma prática

consistente, de liberdade e igualdade para todos. A principal tendência [na história deste país] é a realização gradual do Credo americano."

Segundo Takaki, reforçando este credo, o presidente Franklin D. Roosevelt reconheceu a necessidade de confrontar o nazismo ideologicamente para conclamar os americanos a participar do esforço de guerra. "Estamos lutando", ele declarou, pelas "quatro liberdades" - liberdade da palavra, liberdade religiosa, liberdade da necessidade, e liberdade do medo. Nosso comprometimento com esses ideais, ele explicou, condenava o racismo: "O princípio segundo o qual este país foi fundado e pelo qual ele sempre foi governado é que o americanismo é uma questão de mente e coração. O americanismo não é, e nunca foi, uma questão de raça ou herança genética." Nas entrelinhas deste discurso, já podemos vislumbrar o embrião que algumas décadas mais tarde embalaria o fenômeno político e ideológico de um "novo" multiculturalismo,[240] que contribuiu para dar substância psicológica à realização do mito do "patriotismo constitucional" (substituto norte-americano para a idéia européia de "nacionalismo") que ofereceu real motivação para o engajamento das "minorias" no *front* externo e interno. Nos EUA, não havia espaço para a constituição de uma identidade política fundamentada no conceito clássico de nação enquanto origem comum, ou de uma "auto-fundação" nos termos propostos pela idéia de "*melting pot*" - mas na defesa de um "contrato social" (a Constituição) que garante a todos os que adquirem a nacionalidade norte-americana um rol de direitos que os distinguem do resto do mundo.[241]

---

[240] O termo multiculturalismo será apreciado no âmbito deste trabalho sob duas perspectivas históricas distintas. Primeiro, em uma perspectiva estritamente histórica, utiliza-se do termo para caracterizar a sociedade norte-americana como um *lócus* permanentemente aberto à imigração. Recebendo um fluxo constante de pessoas originárias das mais diversas regiões do planeta, e que em muito contribuíram, com seu trabalho e entusiasmo, para a consolidação e manutenção de um forte espírito empreendedor, tão grato à trajetória economicamente vitoriosa desta nação. Este é o sentido em que o termo está sendo usado nesta parte de nosso trabalho; mais adiante, voltaremos a utilizar o termo em um outro sentido, como expressão de um fenômeno psicosocial típico da pós-modernidade, desencadeado por transformações tecnológicas propiciadas pelo desenvolvimento de uma sociedade pós-industrial, na qual, tanto as identidades compactas, "classistas", referentes à um "sujeito histórico", quanto a própria identidade coletiva, de massas, vinculada ao Estado-nacional, se enfraquecem, e vão sendo substituídas por uma pluralidade de "novas" identidades ligadas às chamadas questões de gênero (mulheres, negros, hispânicos, deficientes físicos, árabes, homossexuais, etc.).

[241] "Americanos de todas as etnicidades e raças lutaram para defender esta democracia. Os negros deixaram as fazendas do sul e os guetos do norte, os latinos deixaram seus "barrios", os chineses deixaram suas Chinatowns, os índios deixaram suas reservas, e alguns americanos de origem japonesa chegaram até a deixar os campos de internamento. Todos esses membros das minorias fizeram sacrifícios pelo que eles chamavam de "a guerra pela dupla vitória" - a luta contra o fascismo no exterior e contra o racismo no seu próprio país. 'As místicas cordas da memória' como Lincoln as havia descrito, se estendendo desde os campos de batalha até os túmulos dos patriotas, haviam se tornado multirraciais"

E a 2ª. Guerra acabou por fornecer uma oportunidade de ouro não apenas para a "minorias étnicas" recém imigradas provarem que mereciam pertencer à "pátria americana", mas também para negros e mulheres – marginalizados a séculos no interior desta mesma sociedade.

> "Quando o presidente Franklin D. Roosevelt emitiu um Ato do Executivo em 1941 ordenando às fábricas de material bélico que abrissem vagas para funcionários negros, ele estava agindo mais por necessidade do que por altruísmo. O número de trabalhadores brancos do sexo masculino era limitado por causa do esforço de guerra e embora as mulheres - brancas e negras - estivessem assumindo algumas das posições, isso não era suficiente. Portanto, os homens negros que anteriormente haviam sido excluídos, ou que, na melhor das hipóteses sofriam severas limitações na obtenção desses empregos, tiveram a oportunidade de integrar a força de trabalho e contribuir de maneira importante para a produção da América durante a guerra. O ato de Roosevelt também criou uma entidade de auditoria e fiscalização, o *Fair Employment Practices Committee* (Comitê de Práticas Justas de Emprego) que continuou a existir com esse nome até a década de 60, quando o Congresso lhe atribuiu uma autoridade mais abrangente e passou a chamá-lo *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) (Comissão de Oportunidades Iguais de Trabalho)".[242]

Mas o caminho que levaria até este ponto seria árduo e longo. O fim da Segunda Guerra Mundial significou também o fim de muitas oportunidades de trabalho que haviam surgido para as minorias. Além disso, a intensa campanha pró-democracia e pró-igualdade que havia sido feita pelo governo dos Estados Unidos para estimular o apoio ao esforço de guerra serviram para aumentar a consciência do público a respeito das contradições entre os ideais declarados e as práticas, de fato, no que se referia às minorias. Aumentaram as pressões para melhorar a taxa de inclusão de negros, mulheres, e outras minorias em todos os aspectos da vida da nação. E o retrocesso percebido com o fim da Guerra foi seguido por um surpreendente despertar de consciência, que teve em sua vanguarda o movimento negro e o de mulheres, e acabou por constituir um movimento mais amplo pela luta dos "direitos civis".

TAKAKI, Ronald. **A Different Mirror: A History of Multicultural América**. Berkeley: Little, Brawn and Company, 1993, p. 30.

[242] FERNANDEZ, Ricardo. **Exclusão e Inclusão: o impacto da ação afirmativa**. Nova Iorque: Resenha Latina de Livros, Volume 2, 1996.

> "A abolição da segregação nas forças armadas se deu no final da década de 40, durante o governo do presidente Truman. A revolução no terreno jurídico, deu-se em conseqüência do caso *Brown contra a Secretaria de Educação,* da decisão do Tribunal Superior, de 1954, declarando ilegal a separação das raças nas escolas públicas, imposta pelo estado, e de outras decisões constitucionais exemplares. A luta se aprofundou com a impressionante eficácia do movimento das massas em nome dos direitos civis que se alastrou pelo sul no final da década de 50 e no início da década de 60. O movimento começou com um boicote aos ônibus em Montgomery, Alabama, em 1955, adquiriu força com as ocupações dos balcões dos restaurantes e outras propriedades públicas e privadas, e culminou com a Lei dos Direitos Civis (Civil Rights Act) de 1964 e a Lei do Direito ao Voto (Voting Rights Act), de 1968, tornando ilegal a discriminação na educação, no emprego, nos locais públicos e nas eleições".[243]

2.2 - *Ação Afirmativa perante os poderes estatais nos EUA*

Como se deixou bem claro acima, tais conquistas só foram possíveis graças à extraordinária capacidade de mobilização de certos setores da sociedade norte-americana. Ainda segundo Takaki, a era dos Direitos Civis, atingiu o seu apogeu na década de 60, e ali mesmo começou-se a ouvir a expressão "ação afirmativa". Foi ela uma resposta do Estado à grande mobilização empreendida pela sociedade civil. Na marcha de 1963 em Washington, Martin Luther King compartilhou a sua visão do verdadeiro destino manifesto da América: "Eu lhes digo hoje, meus amigos, que apesar das dificuldades e das frustrações do momento, eu ainda tenho um sonho. É um sonho profundamente enraizado no sonho americano. Eu tenho um sonho de que um dia esta nação se erguerá e alcançará o significado real do seu credo: 'Consideramos estas verdades auto-explicativas; que todos os homens nascem iguais!' Foi o movimento dos Direitos Civis que agitou a nação e incitou o Congresso a aprovar a Lei dos Direitos Civis de 1964. Um ano depois, o presidente Lyndon Johnson foi além da proibição da discriminação ao emitir o Ato do Executivo 11246. Tendo como objetivo 'a total realização das oportunidades iguais de emprego', essa lei exigia que as firmas que fizessem

[243] THERNSTROM, Stephan. **America in Black and White: One Nation Indivisible**. Cambridge, Massachusetts: Simon & Schuster, 1997, p. xii.

negócios com o governo executassem 'ação afirmativa'. As empresas[244] tinham que definir 'objetivos e cronogramas, de boa fé', para admitir empregados qualificados 'sub-utilizados', que fossem membros das minorias. No seu discurso na Universidade de Howard, em 1966, Johnson explicou porque a ação afirmativa era necessária: 'Você não pega uma pessoa que, durante anos esteve acorrentada e a liberta, a coloca no ponto de partida de uma corrida e diz 'Você é livre para competir com todos os outros'; se você fizer isso, você não pode acreditar, honestamente, que está sendo completamente justo...Isso não é o suficiente para abrir as portas da oportunidade. Todos os nossos cidadãos precisam ter a capacidade de passar por essas portas. Este é o próximo e mais profundo estágio da batalha pelos direitos civis. Não queremos apenas a liberdade, mas a oportunidade - não apenas a igualdade legal, mas a capacidade humana - não a igualdade como um direito e uma teoria, mas a igualdade como um fato e a igualdade como um resultado".

Segundo Andrew Hacker,[245] a expressão "ação afirmativa" foi criada pelo Governo Kennedy [1961-1963], que determinou que as empresas que tivessem negócios com o Governo dos Estados Unidos tomassem 'providências positivas' para ter uma força de trabalho em que as raças estivessem representadas. Mais tarde, em um governo Republicano, o *U.S. Office for Civil Rights* (Escritório de Direitos Civis dos Estados Unidos) adotou a mesma abordagem em relação aos padrões lingüísticos para os estudantes membros das minorias. Determinou que os distritos escolares que recebessem verbas federais tomassem "medidas afirmativas" para corrigir "deficiências de linguagem" de modo a fazer com que seus programas educacionais fossem abertos a todas as crianças. A Lei dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*) de 1964 que foi aprovada por uma maioria bipartidária do Congresso dos Estados Unidos, proibiu a discriminação baseada em raça, religião, sexo, ou origem

---

[244] "Apesar de as primeiras medidas terem sido realmente propostas pelo Poder Executivo norte-americano, será possível constatar que alguns processos judiciais relacionados ao tópico tiveram, como início das divergências, programas de ação afirmativa voluntários, elaborados espontaneamente por empresas privadas de acordo com as respectivas políticas internas de recursos humanos. A assertiva de que o conceito abrangeria apenas ações oficiais, por conseguinte, não procede." MENEZES, Paulo L. **Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 32.

[245] Apud, FERNANDEZ, Ricardo. **Exclusão e Inclusão: o impacto da ação afirmativa.** Nova Iorque: Resenha Latina de Livros, Volume 2, 1996, p. 103.

nacional. O Título VII (Parte VII) da lei, especificamente, baniu a discriminação no trabalho.

A prova da necessidade dessa legislação, que não foi aprovada por uma parte significativa do público norte-americano, se baseava em uma história longa e documentada da exclusão de negros (e outros) das ocupações de prestígio e poder. Os proponentes da legislação argumentavam que a capacidade e o talento natos são distribuídos com relativa igualdade entre todos os grupos, de modo que a ausência (ou quantidades muito pequenas) de negros em certas profissões, em conjunto com alguns outros indicadores (baixo desempenho escolar, altos níveis de pobreza) constituíam prova suficiente de que eles haviam sido discriminados. A raça, que por quase um século após a Proclamação da Emancipação [emitida pelo presidente Lincoln em 1863] havia sido usada para discriminar negros e outras minorias, finalmente estava banida como critério a ser usado ao se julgar às qualificações de um indivíduo para o trabalho.

Percebemos então o movimento pelo qual se transitou do plano daquilo que denominamos por igualdade formal (que se mostrou insuficiente), para uma dimensão mais contundente. Neste, e de forma surpreendente, as instituições estatais reagiram à nova perplexidade aprofundando o caráter das medidas de natureza administrativa, legislativa e judicial necessárias para a manutenção e ampliação dessas novas políticas de integração fundamentadas em ações afirmativas (em busca de uma maior igualdade material). Quesitos como raça, sexo, origem nacional, idade, opção sexual, dentre outros, que no passado haviam sido utilizados para discriminar “negativamente” deveriam agora ser tomados como índice de inclusão através de uma “discriminação positiva”. De modo que, em um período que foi de aproximadamente 1954 até 1981, a ação afirmativa progrediu nos EUA independentemente de quem ocupou a Casa Branca ou do Partido majoritário no Congresso. A existência de uma maioria liberal no âmbito da Suprema Corte também em muito auxiliou este movimento progressista de defesa e consolidação dos direitos civis – que só foi interrompido com a recomposição do pensamento e dos movimentos políticos conservadores que marcaram a ascenção de Ronald Reagan ao poder.

> "No entanto, a proibição do uso da raça como critério para excluir os negros não resultou, nos anos que se seguiram, em números maiores no que se referia à empregos, profissões ou moradia. Vamos recordar, só para usar um exemplo, as várias estratégias criadas pelos poderes legislativos estaduais e secretarias da educação no final da década de 60 para evitar a extinção de um sistema duplo de educação que havia sido tornado inconstitucional pelo Tribunal Superior dos Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*) em 1954. A resistência dos brancos ao término da segregação, inicialmente no sul, e mais tarde no oeste e no norte, na década de 70, fez com que os tribunais federais se envolvessem na aplicação do mandado constitucional por meio de estratégias "afirmativas", como por exemplo o transporte utilizando ônibus (busing) (isto é, transportar os alunos de uma raça, de ônibus, para escolas onde a população era de uma raça diferente). No campo do trabalho, onde os números de negros empregados não haviam crescido significativamente nos anos que se seguiram à Lei dos Direitos Civis, metas numéricas começaram a aparecer como parte do "*Philadelphia Plan*" (Plano de Filadélfia) do Governo Nixon [1969-1974]. Em 1972 o Title VII (Parte VII) foi modificado para que o Governo Federal (a EEOC e os tribunais) pudessem exigir medidas específicas como uma forma de compensar as práticas discriminatórias do passado. A raça, que havia sido banida anteriormente como critério para a exclusão, agora havia se tornado a base para se determinar até que ponto a inclusão havia se concretizado. Essa estratégia baseada em resultados criou uma contradição óbvia: a raça, que não podia ser usada para excluir ninguém, passou a ser o critério para avaliar como os negros e outros grupos sub-representados (latinos, asiáticos) estavam sendo integrados à vida americana. Alguns empregadores começaram a protestar contra as "cotas" de grupos específicos incluídas nos planos de conformidade negociados com a EEOC ou impostos por ordem dos tribunais. A resistência contra o transporte de alunos de ônibus (busing) levou o Congresso a promulgar a Lei das Oportunidades Iguais (*Equal Opportunity Act*) em 1974, a qual, na verdade, era um esforço para resistir à extinção da segregação. A aplicação da ação afirmativa continuou durante o Governo Carter (1977-1981), mas com a chegada de Ronald Reagan à Casa Branca em 1981, foi dado um recado que não deixava dúvidas: essa iniciativa "afirmativa" já havia chegado ao seu limite. A aplicação das leis e regulamentos sobre os direitos civis deixou de ser enfatizada durante a década de 80 e os críticos da ação afirmativa começaram a questionar a sabedoria de uma política que, na sua percepção, era uma forma de "discriminação ao contrário".[246]

A mudança na correlação de forças na sociedade norte-americana a partir da ascensão da ideologia neoliberal nos anos 80, fundamentada em

[246] FERNANDEZ, Ricardo. **Exclusão e Inclusão: o impacto da ação afirmativa**. Nova Iorque: Resenha Latina de Livros, Volume 2, 1996, p. 128.

valores ultra-individualistas e competitivos, realçada pela mística do *self made man*, passou a questionar a cultura solidária e pluralista que havia marcado desde meados dos anos 50 até então a cultura política do país. A idéia de direitos atribuídos a grupos e coletividades tornou-se suspeita diante de uma ideologia baseada na exaltação da iniciativa individual. O conservadorismo retomou parte de um espaço que havia sido obrigado a ceder no calor dos movimentos pelos Direitos Civis e da "contra-cultura". E isto se refletiu em todos os níveis do Estado, em todos os seus Poderes.[247] De forma que, desde então, as ações afirmativas passaram a ser objeto de maiores resistências e questionamentos no país.

Em 23 de junho de 2003, a Suprema Corte dos EUA decidiu que políticas de ação afirmativa são constitucionais, mas que têm de restringir a certos limites. A decisão foi proferida no julgamento de um caso da Universidade de Michigan, na qual três alunos reprovados pelo sistema de seleção questionaram a constitucionalidade do favorecimento de minorias raciais. Todavia, embora tenha declarado que o conceito de ação afirmativa é valido, a Suprema Corte vetou um mecanismo adotado pela Universidade que dava pontos a candidatos de minorias. As duas decisões se deram com base em um *quorum* apertado – a exemplo da última grande decisão prolatada pelo Tribunal em 1978. Com esta decisão, tanto os grupos favoráveis quanto os contrários a ação afirmativa declararam-se vitoriosos – ainda que ambos tenham admitido que do ponto de vista jurídico a questão está longe de uma pacificação.

Os defensores da Universidade afirmaram que a instituição assume adotar uma política que prioriza "massa crítica" das minorias sob o argumento de que isso favorecerá academicamente seus alunos. Ou seja, a raça é um dos fatores levados em conta pela banca. Ainda segundo os procuradores da Universidade de Michigan, numerosos estudos mostrariam que um corpo discente diversificado produz resultados positivos no aprendizado e prepara

[247] "uma imperfeição bastante comum, que é a de identificar a ação afirmativa como sendo um remédio ou uma solução judicial, como se esta fosse apenas o reflexo direto de decisões judiciais. Ocorre que o papel desempenhado pelos tribunais, embora tenha sido extremamente valioso, sempre foi corretivo e, como não poderia deixar de ser, deu-se em todo o tempo mediante a provocação das partes interessadas. Existiram, como ainda existem, inúmeros programas de ação afirmativa que foram implementados com sucesso e que não sofreram nenhuma interferência direta do Poder Judiciário." MENEZES, Paulo L. **Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 33.

melhor os estudantes para um mercado de trabalho e uma sociedade cada vez mais diversificada – conforme reconheceu a juíza Sandra O'Connor, que apoiou a tese de Michigan em sua vitória por 6 votos a 3. Todavia, a Universidade foi sucumbente em outro caso que julgou suas praticas na graduação. Dois alunos questionaram o sistema de pontos adotado pela instituição no qual candidatos de minorias raciais recebiam bônus por causa de sua origem. Por 5 votos a 4 a Suprema Corte considerou que tal mecanismo é inconstitucional. Segundo a decisão, essa política não tem consideração individualizada, pois distribui automaticamente 20 pontos para cada candidato de uma minoria sub-representada. Não se justificaria em razão do escopo de uma "diversidade" pretendida. Com esta decisão, a Suprema Corte repetiu o esquema da votação de 1978 – quando foi vetado o uso de cotas para minorias nas universidades. Desta vez, o sistema de pontos criados para substituí-lo acabou interditado.

Percebe-se então o caráter dinâmico das ações afirmativas no âmbito da sociedade norte-americana em termos de política de integração. Transformam-se os objetivos, os instrumentos, as justificações, adaptando-se o entendimento jurídico às circunstâncias que vão se afirmando em determinada conjuntura. As políticas públicas baseadas em ações afirmativas lograram êxito nas últimas três décadas – como confirmaram inúmeros estudos, alguns dos quais comentaremos mais a frente. Ao permitirem uma integração significativa de representantes de minorias entre as funções de maior prestígio e remuneração no país, contribuíram para a redução do "ímpeto afirmativo" – o que se mostra absolutamente adequado (o caráter necessariamente transitório das ações afirmativas) para que de fato não se crie uma discriminação às avessas. Todavia, ao longo deste itinerário, um percurso nos chama a atenção em especial: a evolução do entendimento da Suprema Corte a respeito deste tema. E é disto que trataremos brevemente a seguir.

2.3 - *A Ação Afirmativa perante a Suprema Corte dos EUA*

Como se apontou no início desta terceira parte, a sociedade norte-americana se auto-instituiu no plano do seu imaginário coletivo como uma comunidade homogênea (*wasp*). Mas, de fato, desde os seus primórdios, o seu caráter dual não podia ocultar-se devido à importância da instituição escravocrata para a economia de parte das colônias (localizadas ao sul da Nova Inglaterra) então estruturadas sobre o esteio da monocultura de exportação. Este dado estrutural, por sua vez, gerou outro, na medida em que ao sul latifundiário opôs-se um norte fundado na utopia da construção de uma sociedade de classe média, estruturada sobre o trabalho assalariado urbano e, sobretudo, na pequena propriedade familiar (*farmer*) rural. A tensão entre norte e sul que já se fazia notar por outras questões – inclusive de natureza cultural, simbólica – encontrou na "questão escravocrata" seu ponto de máxima tensão – uma vez que toda a economia sulista se fundamentava na força de trabalho escrava. Sendo assim, o nascimento da República norte-americana só foi possível – em um momento em que o fundamental era garantir-se uma unidade interna que colocasse fim ao pacto metropolitano – em razão do adiamento de algumas pendências fundamentais. Por isso, não obstante já existirem posições bem difundidas no sentido de se banir a escravidão no âmbito do novo país nascido sob a insígnia da liberdade, tal discussão não pôde ser aprofundada sob o risco de levar-se a uma fratura prematura. O novo Estado deveria se constituir sobre identidades regionais já estabilizadas, que haviam gozado de relativa autonomia na gestão dos seus negócios e na aplicação da lei. Esta tensão foi muito bem captada pelos líderes do processo de independência, tendo sido levada em consideração pelos arquitetos do novo país. E acabou por se refletir na própria Constituição, nem tanto pelo que ela disse, mas, sobretudo, pelo que ocultou:

> "Essa tensão terminou refletida no próprio texto constitucional, que foi extremamente cuidadoso ao tratar o assunto, evitando utilizar os vocábulos escravo e escravidão, como posteriormente observou Abraham Lincoln: 'a palavra escravidão ocultou-se na Constituição, exatamente como um homem angustiado oculta um tumor ou um câncer, que ele não ousa extirpar de imediato, com receio de sangrar até a morte. Essa preocupação, entretanto, não impediu que o tópico fosse disciplinado em diversas passagens constitucionais, a ponto de um dos mais ilustres abolicionistas norte-americanos, William Lloyd Garrison, entender que os muitos compromissos assumidos pela

> Constituição com o regime escravocrata tinham criado um pacto com a morte e um acordo com o inferno."[248]

Essa ausência enunciativa da Constituição no trato da escravidão acabou propiciando a elaboração de uma teia normativa infraconstitucional responsável pela disciplina do regime escravocrata. O federalismo fraco erigido pela Carta de 1787 permitiu que cada estado atribuísse à questão o tratamento mais consetâneo aos seus interesses econômicos e aos seus costumes sociais. Como desdobramento deste entendimento foi se constituindo posicionamentos divergentes no âmbito de cada estado acerca da natureza jurídica dos escravos que foram sendo emancipados por ato dispositivo dos seus respectivos senhores. Afinal de contas, uma vez libertados juridicamente da condição servil, estariam eles equiparados aos "homens brancos"?

A resposta em seu sentido substancial foi evidentemente negativa. Até que houveram estados que ao final das primeiras décadas do século XIX concederam aos ex-escravos alguma pauta de direitos – como o de votar, reconhecido em alguns estados da Nova Inglaterra. Ainda assim, mesmo no norte, às vésperas da guerra civil, alguns estados continuaram proibindo casamentos entre brancos e negros (Ilinois). Mas de uma maneira geral, o ordenamento jurídico elaborado para regulamentar a escravidão foi sendo vertido para a disciplina de "questões raciais". Negava-se assim aos indivíduos de cor que por algum modo obtivessem sua liberdade o acesso aos mesmos direitos conferidos aos homens brancos. Aliás, nos estados do sul em particular, a teia normativa foi sendo tecida no sentido de se institucionalizar – em graus variados – um regime de segregação:

> "nos Estados do sul, as diferenças impostas aos negros livres eram ainda mais gritantes. Em Maryland (1806), eles não podiam sequer possuir um cachorro. Na Geórgia, eles não podiam possuir, usar ou portar armas de fogo, sendo que o Código Penal do Estado (1833) considerava crime "ensinar qualquer escravo, negro ou pessoa de cor livre a ler, tanto caracteres escritos quanto impressos. Na Carolina do Sul (1800), era ilegal para qualquer número de escravos, negros livres, mulatos ou mestiços, mesmo em companhia de pessoas brancas, reunirem-se com o propósito de obter instrução intelectual ou de culto religioso, fosse antes de o sol nascer, fosse depois de o sol se pôr. A liberdade alcançada pelos

[248] Op. Cit., p. 67.

> antigos escravos, portanto, não assegurava uma posição igualitária com os cidadãos brancos. Como bem destacou o legislador da Virgínia, os negros livres tinham muitos direitos legais, mas nenhum direito constitucional".[249]

Tal situação se perpetuou até a guerra civil, com a Suprema Corte referendando as normas discriminatórias - visto que a própria escravidão foi por ela legitimada. Neste período, alguns casos exemplares foram levados até a Corte, como *Dred Scott v. Sandford* – que se tornaria uma espécie de paradigma negativo ao longo da história da Suprema Corte.

O autor (Scott) escravo de um cirurgião militar (John Emerson) acompanhou o senhor por diversos estados, tendo inclusive residido por algum tempo em estados que haviam abolido a escravidão – Illinois e o então território de Wisconsin. Com o falecimento do cirurgião (1842), os escravos permaneceram trabalhando para a sua viúva (Eliza Irene Sanford), residente no estado do Missouri. Todavia, em 1846 Scott e sua esposa ingressaram em juízo reivindicando o reconhecimento de sua condição de homem livre, com fundamento no princípio – reconhecido por alguns estados – segundo o qual teriam adquirido esta posição jurídica ao permanecerem em estados norte-americanos nos quais não mais se reconhecia a escravidão. Baseou a sua pretensão em leis do próprio estado do Missouri, segundo as quais, uma vez libertos, não poderiam os ex-escravos retornarem à condição servil. Não obstante uma primeira decisão favorável ao autor, a decisão acabou reformada pela Suprema Corte do Missouri, que ecoando o clima de radicalização nos estados sulistas em torno da discussão relativa ao fim da escravidão (1852), decidiu rever o princípio do "*once free, always free*". O caso acabou então chegando à Suprema Corte, que decidiu desfavoravelmente ao autor por sete votos a dois. Prevaleceu o entendimento proferido pelo Presidente da Corte, Roger Taney, baseado em três fundamentos: a) carência de legitimidade por parte do autor para pleitear perante uma corte federal, na medida em que, em termos constitucionais, não considerava os negros cidadãos dos EUA; b) reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade das leis estaduais que aboliram a escravidão sob o pálio de que haviam exorbitado da competência

[249] Op. Cit., p. 68.

conferida pelo Senado da União; c) a competência para julgar a condição de um negro que retornou de um estado que abolira a escravidão para outro que a admitia, seria do segundo – reconhecendo, portanto, a decisão tomada pela Suprema Corte do Missouri.

Na fundamentação do seu voto, o Presidente Taney reconheceu a condição de inferioridade da raça negra, julgando-os inaptos para a convivência social e política com os brancos (que em seu benefício os tutelaria), razão pela qual se justificaria a ordem legal que os reduzia a condição servil e à equiparação jurídica com uma mercadoria qualquer.

Todavia, ao invés do que supunham a maioria dos ministros da Suprema Corte – então sob hegemonia de sulistas -, sua decisão, não pacificou a questão, mas ascendeu o ímpeto Republicano em campanhas abolicionistas inflamadas entre 1858 e 1860. Chegaram – os membros do Partido Republicano – a insinuar a existência de uma conspiração sulista para impor novamente a escravidão a todo o país. Como já era de se esperar, acendido o pavio, foi uma questão de tempo a explosão da grande guerra civil que dividiu o país ao meio e ceifou cerca de 700 mil vidas. No entanto, com o fim da guerra civil, com a derrota dos escravagistas sulistas, criaram-se as condições para um aperfeiçoamento substancial da ordem constitucional norte-americana. Deu-se então a edição de três emendas constitucionais que redefiniriam amplamente as relações políticas entre brancos e negros – e que culminou em 1871 com a edição do *Civil Right Act*, que estabeleceu sanções penais e civis para todos que se envolvessem em atos de violência contra indivíduos negros.

> “Somente com o final da Guerra Civil é que a estrutura social e política do país vem a sofrer alterações relevantes. No plano jurídico, tais mudanças são implementadas por intermédio de três emendas constitucionais: a Décima Terceira emenda, proposta no Congresso e ratificada peles Estados em 1865, que proibiu a escravidão e o trabalho involuntário para todos os cidadãos submetidos à jurisdição dos Estados Unidos, ressalvados os trabalhos forçados decorrentes de condenação penal; a mencionada Décima Quarte Emenda, que foi proposta em 1866 e ratificada em 1868, e contemplava cinco artigos versando sobre tópicos distintos; e por fim, a Décima Quinta Emenda, proposta em 1869 e ratificada em 1870, que proibia os Estados e o governo federal de negar ou cercear o direito de

> voto a qualquer cidadão por motivo de raça, cor ou prévio estado de servidão".[250]

Das três supra-citadas emendas, a que maiores repercussões trouxe para o tema em pauta, foi da 14ª. Esta, em resumo, estabeleceu que nenhum estado poderia negar a qualquer pessoa sob a sua jurisdição a igual proteção da lei. Trata-se da instituição no âmbito da ordem jurídica norte-americana do princípio da isonomia, agora estendido "a qualquer pessoa". No âmbito judicial, tal instituto ficou conhecido pela expressão "*equal protection clause*". Desde o seu nascedouro, muitos imaginaram encontrar ali o fundamento constitucional capaz de garantir de uma vez por todas a superação da antiga "sociedade dual". Um estágio de efetiva igualdade – ao menos jurídico-formal – entre todos aqueles que viessem a se tornar cidadãos norte-americanos (no momento em que o país começava a receber a sua primeira grande onda de imigração, determinante para um país tão grande, em vias de iniciar o seu processo de industrialização). Mas não foi bem isso o que aconteceu.

Logo após a edição da 14ª. Emenda, começaram a ser suscitados perante a Suprema Corte, uma série de casos envolvendo discriminação racial. Destes, dois processos ganharam grande destaque. O primeiro (*Strauder v. State of West Virginia*) implicou no exame de uma lei estadual que somente admitia a escolha de indivíduos brancos para atuarem como jurados. Não se pleiteava o reconhecimento do réu (negro) ser julgado por indivíduos da sua cor, mas a constitucionalidade de uma lei fazer tal distinção (quem pode ou não ser jurado) com base na raça ou na cor. Não obstante alguns incidentes processuais – como o questionamento acerca do interesse processual, se seria do autor ou de potenciais jurados -, a Suprema Corte acabou por reconhecer que tal discriminação era inconstitucional por violação à 14ª. Emenda.

No entanto, no segundo caso (*Pace v. Alabama*), o objeto de apreciação jurisdicional foi uma lei estadual que proibia casamentos inter-raciais - além de estabelecer penas mais severas para hipótese de adultério ou relações sexuais ilegítimas quando os parceiros fossem de raças diferentes. A Suprema Corte entendeu unanimemente pela constitucionalidade da referida lei, sob o argumento de que não haveria discriminação racial em face de serem as penas

---

[250] MENEZES, Paulo L. **Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 71.

aplicadas sem distinção. Ou seja, a lei se referia às “pessoas”, termos em que, uma vez concretizada a conduta tipificada na norma legal, a pena seria a mesma para os todos os indivíduos envolvidos – tanto brancos quanto negros. Não se enfrentou a questão vital, que seria exatamente se a lei violava ou não a 14ª. Emenda ao impor a segregação racial. E de fato, a questão envolvendo a constitucionalidade de leis proibindo casamentos inter-raciais só será enfrentado pela Suprema Corte em 1967, no caso *Loving v. Virginia* – quando normas desta natureza foram finalmente considerados inconstitucionais.

O entendimento adotado no caso *Pace v. Alabama*, por sua vez, acabou induzindo a uma interpretação muito peculiar do princípio trazido pela 14ª Emenda do *equal protection clause*, dando azo ao desenvolvimento da famigerada doutrina do *separate but equal* (“iguais, porém separados”). Este entendimento, que daria suporte legal à segregação nos EUA, se estendeu de 1896 até 1954.

A partir desta nova interpretação, admitia-se a segregação racial na prestação de serviços ou como critério genérico de tratamento, bastando para tal, apenas que os aludidos tratamentos ou serviços fossem ofertados dentro de um “mesmo padrão” para todas as raças. Desde que, não se destinasse a uma determinada raça ou grupo específico, serviço ou de direito de diferente qualidade ao assegurado aos demais, a segregação era vista como legítima por ter sido estabelecida pelo legislativo local de conformidade com os usos e costumes dos seus cidadãos e, em seu entendimento, dentro de uma faixa tolerada pela ordem constitucional. A questão ganhou grande dimensão quando do julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*. O autor (Plessy) se insubordinou contra uma norma estadual que reservava lugares para brancos separados dos reservados aos negros junto a vagões ferroviários. Declarando-se em desobediência civil, ele acabou sendo preso. Em sua defesa, argüiu a violação por parte da referida lei da 13ª. e da 14ª. Emendas. O Tribunal entendeu que o caso não poderia se amparar na 13ª. Emenda, que teria aplicação restrita e objetiva, tendo se exaurido com a proclamação de emancipação dos escravos e a proibição da re-introdução desta condição. E, no que se refere à 14ª. Emenda, entendeu-se novamente que não havia

infração a tal estatuto na medida em que a separação de raças estabelecida não sugeria que uma delas fosse inferior. Mas apenas permitia, no âmbito da autonomia constitucionalmente ofertada aos estados, que a promovessem segundo os seus hábitos e costumes, no uso legítimo do seu poder de polícia.

> "Não obstante o Poder Judiciário tenha tido um papel fundamental na cristalização dessa linha de conduta, a expansão da segregação racial – compreendida como uma manifestação oficial dos poderes públicos – teve início com a edição de várias leis estaduais no sul dos EUA, as quais procuravam preservar, ao máximo, o *status quo* existente antes da abolição da escravatura. Entre os exemplos possíveis de serem relacionados, encontra-se uma lei do Arkansas, de 1903, que exigia mesas de refeição e apartamentos separados para brancos e negros em todas as cadeias e penitenciárias... Já no plano judicial, apesar de a primeira referência a essa doutrina ter se verificado no caso *Roberts v. City of Boston*, em decisão proferida pelo tribunal de Massachussetts, foi apenas no julgamento de *Plessy v. Ferguson*, perante a Suprema Corte, que essa doutrina ganhou notoriedade e se solidificou. Nesse caso, foi posta em debate a constitucionalidade de uma lei do Estado da Louisiana que impunha como obrigação para todas as empresas ferroviárias oferecer acomodações iguais mas separadas para passageiros brancos e negros, sob pena de os responsáveis pelas empresas serem processados no âmbito penal."[251]

O entendimento expresso por esta interpretação peculiar do *equal protection clause*, fundamentada na doutrina dos "iguais, porém, separados", foi sendo progressivamente estendido para outras matérias – sobretudo naquelas envolvendo segregação racial em instituições de ensino, como foi o citado caso *Roberts v. City of Boston*, e depois dele, os casos *Cumming v. Board Education of Richmond County* e *Gong Lum v. Rice*.

Como já mencionamos pouco atrás, o posicionamento da Suprema Corte só começará a sofrer alguma inflexão no bojo da grande crise econômica que se seguiu ao colapso da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929 (dobrando-se às disposições estabelecidas pelo Presidente Roosevelt no bojo das políticas que instituíram o *New Deal* e que confrontaram entendimentos tradicionais da Corte fundamentadas em uma concepção ultra-liberal da ordem jurídica nacional). E, logo em seguida, no esforço de guerra que se deu após o

[251] Op. Cit., p. 74-75.

ataque japonês ao Havaí. A necessidade de se absorver uma grande quantidade de mulheres e negros como força de trabalho industrial para compensar o alistamento em larga escala de homens brancos, obrigou o governo Roosevelt a editar uma série de *Executive's Order's* (em relação às quais a mais importante foi a de n. 8.806 de junho de 1941) coibindo a discriminação racial na contratação de funcionários por parte do governo e das empresas que com ele contratavam.

> "Essa determinação foi de grande importância, posto que, até então, praticamente nenhuma ação relevante havia sido tomada no sentido de assegurar iguais condições de trabalho, até porque não se acreditava que a Suprema Corte fosse considerar tais medidas constitucionais, visto que ela entendia que os poderes do governo federal para disciplinar relações privadas, nessa seara, eram extremamente restritos. Somente nesse momento histórico, ou seja, ao final da década de 1930, é que começa a mudar o posicionamento dos Ministros acerca do poder regulamentar federal no âmbito da economia e da relações de emprego, com o reconhecimento da constitucionalidade do Plano New Deal, proposto pelo próprio Presidente Roosevelt."[252]

No entanto, o mesmo conflito que por um lado induziu as mudanças de entendimento, por outro, pareceu dar azo à sua continuidade. Todavia, logo se percebeu que mesmo onde parecia ocorrer um retrocesso, teve-se de fato um pequeno avanço. Tratou-se do caso *Korematsu v. United States*.

Com o estado de guerra declarado contra o Império japonês, temia-se a ocorrência de atos de espionagem e sabotagem por parte de imigrantes ou seus descendentes residentes no país. Na costa oeste, foram editadas leis que impunham o toque de recolher e outras limitações ao direito de ir-e-vir exclusivamente aos indivíduos de ascendência japonesa. Provocada por Korematsu, que foi condenado por descumprir uma ordem militar restritiva de sua liberdade de locomoção, a Suprema Corte, tendo como um dos seus interlocutores o Ministro Black, entendeu pela primeira vez que, "todas as restrições legais que limitam os direitos civis de um grupo racial isolado seriam imediatamente suspeitas de inconstitucionalidade". No entanto, os tribunais depois de sujeitá-las a um exame rígido, poderiam entender pela sua

[252] Op. Cit., p. 78.

necessidade pública urgente, em razão de certas peculiaridades de momento. Tomou o referido magistrado o cuidado de frisar, todavia, que tais restrições nunca poderiam se basear exclusivamente no antagonismo racial.

Sendo assim, mesmo tendo ao final se manifestado desfavoravelmente ao interesse do autor (Korematsu), levando-se em consideração o clima específico do país naquele momento, atordoado por uma guerra de proporções mundiais, o entendimento da Corte acabou representando um passo a mais em seu processo de aperfeiçoamento acerca desta matéria, elaborando os fundamentos de uma nova sistemática na abordagem de questões que envolviam a aplicação do *equal protection clause* a demandas raciais (implantado logo após, durante a presidência do Ministro Warren, e que ficou conhecida como *standard of review*).

Esta nova abordagem foi responsável pela fixação de três pontos importantes que a partir de então passariam a ser considerados pelo Poder Judiciário na apreciação da constitucionalidade de leis que estabelecem classificações baseadas na raça ou na origem étnica dos indivíduos: a) tais classificações passam a ser tidas como suspeitas em princípio, por não apresentarem uma finalidade legítima e plausível; b) em razão disso, deveriam ser analisadas no plano judicial com maior rigor; c) tais classificações seriam invalidas se importassem em antagonismo racial, sendo as mesmas admitidas apenas em situações nas quais ficasse evidente uma necessidade pública. Formulou-se então o conceito de exame judicial rigoroso (*strict judicial scrutiny*) que já traz subjacente uma suspeita de inconstitucionalidade sobre as normas sujeitas a tal controle, e que como dissemos a pouco, foi plenamente desenvolvido sob a presidência do Ministro Warren (*Warren Court*).

Aproximamos-nos aqui daquilo que poderíamos chamar de período de ouro da Suprema Corte, por alguns denominados – pejorativamente – por "*ativismo judicial*". Tratou-se de um momento no qual a Corte reviu de forma ampla o seu entendimento, não apenas acerca da interpretação conferida à 14ª. Emenda em *Plessy v. Ferguson* (1896), mas incorporou a concepção material da cláusula constitucional do "devido processo legal" (*substantive due process*). Passou-se a admitir como legítima a apreciação judicial dos atos discricionários dos Poderes Executivo e Legislativo à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No caso específico do entendimento

acerca do alcance do *equal protection clause* previsto pela 14ª. Emenda, o caso tomado como paradigma foi *Brawn v. Board of Education of Topeka*.

Trata-se inequivocamente de um marco na história do direito constitucional norte-americano. O caso se deu em torno de um recurso interposto por estudantes negros que pleiteavam com base no princípio da igualdade o acesso a determinadas instituições públicas de ensino – em contradição com a legislação estadual que impunha a segregação. A mudança de entendimento da Suprema Corte se deu em grande parte graças a habilidade do Ministro Warren, que ao assumir a presidência da Suprema Corte submeteu o caso ao procedimento rigoroso de apuração de constitucionalidade (*strict judicial scrutiny*), abrindo uma profunda reflexão no seio do tribunal acerca dos pressupostos que até então haviam orientado suas decisões em matérias envolvendo segregação racial. Neste debate, ressaltou em suas intervenções o entendimento segundo o qual a segregação racial e a doutrina do separados mas iguais implicavam no reconhecimento da inferioridade dos membros da raça negra. Entendia ele, que o julgamento estabelecido no caso Plessy contrariava frontalmente as três emendas editadas logo após a guerra civil, e que deveriam assegurar aos elementos de cor a sua plena equiparação a todos os cidadãos norte-americanos. Ao centrar a sua argumentação sob o aspecto moral representado por uma concepção subliminar acerca da inferioridade de certas raças – em um momento no qual as lembranças do horror nazista ainda estavam frescas – ele acabou intimidando aqueles que ainda demonstravam alguma inclinação pela tese vencedora no caso Plessy. Ao final do julgamento – que teve início em 1952 e só se concluiu em 1954 – a Suprema Corte decidiu, por unanimidade, que no campo da educação pública a doutrina do “separados mas iguais” não teria mais lugar, pois instalações educacionais separadas seriam intrinsecamente desiguais.

A partir de então, o entendimento formulado no caso Brown foi sendo estendido para outras matérias envolvendo limitações por questões raciais envolvendo parques, praias públicas, balneários, ônibus, restaurantes de aeroportos e auditórios municipais. É claro que o entendimento da Suprema Corte não foi imediatamente assimilado nos estados – sobretudo do sul do país – em que a discriminação deitava longas raízes. E mesmo o executivo federal, em princípio, mostrou-se pouco propenso a se envolver na efetivação plena

daquela decisão. No entanto, logo o desdobrar dos acontecimentos, provocados por um poderoso movimento popular de luta pelos direitos civis se incumbiria de convencer politicamente os mais recalcitrantes. E o postulado fixado pela Suprema Corte, finalmente, passou a regular um novo padrão para as relações inter-raciais nos EUA.

> "Os Estados, como já era aguardado, acataram a nova orientação com diferentes graus de empenho e comprometimento, o que, em parte, foi conseqüência da postura assumida pelo então Presidente Eisenhower, que preferiu ficar acima das discórdias existentes e impediu que o Departamento de Justiça interviesse com plenos poderes nessa questão. Vários incidentes, porém, como o boicote dos negros aos ônibus segregados em Montgomery, Alabama, ou mesmo o desafio público lançado pelo Governador Faubus, em Litle Rock, Askansas, tentando impedir o fim da segregação nas escolas públicas do Estado, em 1957, forçaram o governo federal a enviar tropas para diversas localidades, de modo a assegurar o cumprimento de ordens judiciais".[253]

Neste ponto, podemos afirmar a existência de um divisor de águas, no qual a Suprema Corte dos EUA passou a interpretar de uma forma rigorosa o princípio da igualdade formal, coibindo qualquer manifestação administrativa ou legislativa de discriminação "negativa". No entanto, iniciava-se ali também um novo período, este típico da consolidação de um efetivo Estado Democrático Social de Direito, no interior do qual não se conforma apenas com a igualdade formal, exigindo-se do Estado medidas positivas, afirmativas, para a obtenção por todos de uma igualdade material e substancial – ao menos enquanto igualdade de oportunidades. Foi este o solo fértil no qual a Suprema Corte em breve teve que se deparar com o questionamento de políticas públicas – sobretudo a partir do governo Kennedy – voltadas para a inclusão de segmentos "minoritários".

A partir de então tivemos o início de um novo período da história norte-americana marcada pela disseminação de ações públicas e privadas visando à inclusão sócio-econômica. Não apenas da população negra – que por questões históricas óbvias sempre esteve na linha de frente na luta pela igualdade no país – mas para as chamadas "minorias" em geral, com destaque para a

[253] Op. Cit., p. 86.

proteção estendida para mulheres e deficientes físicos. Tal movimento ganhou ímpeto com a aprovação do *Civil Right Act* em julho de 1964 – já sob o governo Lyndon B. Johnson, que em seguida editou o *Executive Order* n. 11.246 – que exigia que os contratantes do governo federal não apenas banissem práticas discriminatórias, mas que estabelecessem medidas efetivas em favor de minorias étnicas e raciais, com o objetivo de se corrigir "iniqüidades decorrentes de discriminações presentes ou passadas". A mudança de atitude do governo dos EUA teve imediata repercussão no plano internacional, facilitando a aprovação da Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965). Com o governo Nixon, deu-se a indicação de Arthur Fletcher (negro) para o cargo de Secretário Adjunto do Trabalho, com a incumbência de aperfeiçoar aspectos jurídicos em torno do Título VII do *Civil Right Act* de forma a impedir ou dificultar eventuais questionamentos judiciais à política de integração baseada em ações afirmativas.

Iniciou-se então, no âmbito do próprio Poder Executivo, uma reflexão acerca dos limites jurídico-constitucionais de programas baseados em ações afirmativas. Em especial aqueles que estabeleciam uma "cota" fixa a ser preenchida por membros de um determinado segmento da sociedade. Tais discussões desembocaram em um programa que ficou conhecido como *Philadelphia Plan* (1971), que previa a necessidade de contratantes do governo federal desenvolverem "programas de ação afirmativa" com a finalidade de identificar e corrigir deficiências existentes em relação às mulheres e a grupos minoritários como negros, índios e hispânicos, através do cumprimento e da observância de determinadas metas numéricas (denominadas "*goals*", e que não se confundiam com simples "cotas"), na contratação de empregados – metas estas que seriam fixadas de acordo com a participação dessas minorias no mercado de trabalho. Deve-se frisar novamente aqui que, neste momento, o executivo já previa a possibilidade de questionamento judicial com relação à fixação de quotas "rígidas e inflexíveis", procurando então estimular políticas que criassem condições para, dentro de um prazo razoável, aumentar a participação no mercado de trabalho e, dentro deste, nos cargos de maior prestígio e remuneração, aos integrantes de grupos minoritários. Teremos

então em meados dos anos 70, o que poderíamos denominar por consolidação da ação afirmativa nos EUA.

> "Os anos seguintes são marcados pela proliferação de textos legais visando atacar a discriminação e o preconceito, em todas as áreas, embora note-se um cuidado particular no tratamento alusivo às relações de trabalho. Nesse aspecto, o *Equal Employment Opportunity Act* de 1972, iria trazer para o plano legislativo várias ds interpretações dadas pelos tribunais ao Título VII *do Civil Right Act* de 1964, além de expandir o alcance deste ao incluir sob a sua proteção os empregados públicos estaduais e municipais. Seguem-se o *Higer Education Act* de 1972, cujo Título IX proíbe a discriminação entre homens e mulheres nas instituições de ensino que recebem verbas do governo federal; o *Rehabilitation Act* de 1973, exigindo que os contratantes com o governo federal ofereçam oportunidades de emprego para os deficientes físicos; o *Veterans Readjustment Act* de 1974, concedendo favorecimentos e proteção para os veteranos da Guerra do Vietnã, além de vários outros, como o *Age Discrimination Act* de 1975".[254]

Todavia, teremos também a partir de então, um acréscimo de demandas propostas junto ao Poder Judiciário em geral e, perante a Suprema Corte em especial, questionando ora a natureza, ora o alcance, ora os métodos utilizados pelas políticas públicas (e privadas) responsáveis pela introdução de ações afirmativas. Argumentou-se que tais ações acabavam por criar uma espécie de "discriminação às avessas". Ou seja, por um lado questionou-se o âmbito de competência do Poder Executivo para estabelecer políticas de ação afirmativa em favor de certos segmentos, alegando-se que as disposições legais previstas nos Títulos VI e VII do *Civil Right Act* não autorizavam de forma expressa, as políticas oficiais de ação afirmativa. Por outro lado, afirmou-se que a ação afirmativa seria incompatível com a Constituição, independentemente de qualquer previsão legal, em face da supremacia do princípio da igualdade jurídica assegurada pela 14ª. Emenda à Constituição.

Parte destes questionamentos radicou-se no fato de que muitos dos instrumentos normativos editados para dar sustentação legal às ações afirmativas não definiam de forma precisa o universo conceitual de referência para a ditas ações, muitas vezes se limitando na adoção de termos vagos e de conteúdo jurídico impreciso, que obrigavam o judiciário a uma cansativa

[254] Op. Cit., p. 93-94.

verificação de cada caso isolado. Questionava-se, por exemplo, a forma vaga em que foi redigido certos dispositivos do Título VII do *Civil Right Act*, que proibia discriminação nas relações de trabalho mas não previa quais seriam as provas que caracterizariam ou demonstrariam a prática efetiva de tais discriminações. Esta questão chegou à apreciação da Suprema Corte quando do julgamento do caso *Griggs v. Duke Power Company* (1971). Nele, a Suprema Corte firmou dois conceitos importantes para serem utilizados como parâmetros para os julgamentos de litígios envolvendo ações afirmativas: o chamado "impacto adverso" (*adverse or disparate impact theory*); e a perpetuação no presente, dos efeitos de discriminação ocorrida no passado – os quais já comentamos em tópico anterior.

O caso em questão, como se recorda, girou em torno de uma demanda proposta por funcionários negros da Duke Power Company, que exigia para a promoção de seus funcionários, que estes se submetessem a uma bateria de testes padronizados para aferir-se o seu "grau de inteligência". Alegando o baixo nível do ensino público até então ofertado à população negra do Estado da Carolina do Norte, sustentaram os autores que tal política acabava implicando em discriminação seletiva, mantendo a grande maioria dos funcionários negros nos postos de menor qualificação e de baixos salários. Ao apreciar a questão, a Suprema Corte entendeu que de fato, não obstante fossem aparentemente neutros, pois, exigidos indiscriminadamente de todos os funcionários candidatos à promoções, os testes acabavam por impor um impacto racial adverso (*disparate racial impact*) gerador de discriminação – ainda que não fosse essa a intenção dos empregadores.

Esta decisão pode ser apontada como o ponto culminante do chamado "ativismo judicial" da Suprema Corte dos EUA. Nela, fixam-se os parâmetros mais amplos a partir dos quais a sociedade passaria a conviver ao longo das próximas três décadas com políticas de inclusão que passariam a receber também uma resistência progressiva dos setores que se sentiam prejudicados por tais iniciativas. E a própria Suprema Corte a partir deste ponto, começou a lapidar melhor o seu entendimento, definindo parâmetros mais estreitos na apreciação de demandas nas quais estava em questão a aplicação do *equal protection clause*, submetendo tais demandas ao exame rigoroso de constitucionalidade (*strict scrutiny*). Como paradigma desta posição mais atenta

da Corte, pode-se indicar o caso *Regents of the University of Califórnia v. Ba*kke (1978). Por meio dele, ao mesmo tempo em que a Suprema Corte novamente convalidou o conceito de ação afirmativa, decidindo pela sua constitucionalidade, restringiu o alcance destas políticas – no sentido de excluir expressamente aquelas que procuravam se concretizar através do estabelecimento de cotas rígidas e inflexíveis com base em uma determinada identidade racial. Como afirmamos no final do tópico anterior, este entendimento, foi recentemente realçado quando do julgamento do caso *Grutter v. University of Michigan* (2003), no que se demonstra uma certa estabilidade no tratamento do tema, independentemente da mudança na correlação de forças no âmbito da sociedade norte-americana (com o recrudescimento do pensamento conservador, expresso dentre outras formas, pela indicação de juizes comprometidos com este ponto de vista para a Suprema Corte) ao longo de toda a década de 80 e parte dos 90 (era Reagan/Bush). E, sobretudo, a partir da eleição (e reeleição) de George W. Bush para governar o país ao longo da primeira década do século XXI. Talvez tenhamos aqui uma demonstração inequívoca da consciência institucional desta Corte na defesa da efetividade democrática e na consolidação de um verdadeiro Estado Democrático Social de Direito nos EUA – para além das redivivas da ideologia neoliberal.

2.4 - *Ação Afirmativa no âmbito da Ordem Jurídica Internacional*

O holocausto representou um momento paradoxal na história da modernidade ocidental. No âmbito da 2ª. guerra mundial, a velha obsessão que remonta aos primórdios de nossa civilização, representada pelo domínio do

homem sobre a natureza, no triunfo do homem tecnológico sobre uma natureza reduzida a mero objeto de sua intervenção, atingiu um novo patamar. E nela também, a antiga maldição rememorada por Adorno e Horkheimer.[255] Nesta, em sua obsessão para dominar a natureza, concebida como exterioridade, o homem precisa primeiro solapar esta natureza dentro de si (como Ulisses amarrando-se ao mastro de seu barco ante o encontro com as sereias), para, a partir daí, legitimar-se para transformar os seus semelhantes em instrumento do seu desígnio. Nesta percepção, o homem nunca é um fim em si mesmo, mas apenas meio, através do qual busca realizar sua ambição dominadora. Seu projeto – a transformação da natureza segundo a vontade humana – aliena-se de si, e passa a controlá-lo. Em episódios como o holocausto e as bombas nucleares lançadas sobre a população civil japonesa, a desconexão apontada por Habermas[256] entre a razão instrumental e a razão comunicativa se apresenta em toda a sua perplexidade.

No entanto, o impacto de tais acontecimentos sobre o imaginário coletivo de uma humanidade integrada por novos meios de comunicação de massas, acabou por induzir uma forte mobilização político-institucional, que acabou por se manifestar por meio da criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e, sobretudo, com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada em 1948.[257]

Com ela inicia-se uma espécie de virada político-jurídica, na qual a idéia de homem como “meio”, como “instrumento”, começou a ser rechaçada. Na concepção formalista adotada ordem jurídica liberal-individualista, tinha-se como legítimo centro de sua regulação, elementos exteriores ao homem, como por exemplo, a propriedade e o contrato – tomados como entidades quase absolutas. Tal entendimento começou a perder espaço para uma nova concepção, que inverteu os termos dessa equação, e colocou o livre

---

[255] ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

[256] HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos**. Madri: Catedra, 1994.

[257] “...Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vivem na terra. Com essa declaração, um sistema de valores é pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p.28.

desenvolvimento da personalidade humana como o verdadeiro *telos* de toda a ordem jurídica constituída.

Esta concepção implicou na eleição de um valor supremo ("a dignidade da pessoa humana") para reger e ordenar o patrimônio dos direitos fundamentais, a partir de então, constitucionalmente positivados no âmbito de diversos Estados – tendo sido utilizado como fio condutor para reorientar radicalmente as bases do direito internacional. Ou seja, o art. 1º. da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao afirmar que "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos", estabeleceu novos parâmetros, tanto para o direito público, redobrando a vigilância da sociedade internacional contra a irrupção de regimes políticos totalitários capazes de repetir a barbárie do holocausto; quanto em relação ao direito privado, marcando a transição de uma concepção patrimonialista para uma nova perspectiva, representada pela sua "personalização", pela eleição da pessoa humana como razão de ser última de todo o ordenamento jurídico. Relativizou-se os interesses patrimoniais diante do interesse social em salvaguardar-se os elementos necessários para o desenvolvimento livre e saudável da personalidade do homem.

Aos poucos, foi-se agregando à abstração liberal-individualista do "sujeito de direitos", à concepção formalista de "relação jurídica", a busca por um homem concretamente situado em um tempo e lugar histórico determinável, que deve ser levado em consideração na hora de se avaliar sua pauta de direitos; que não pode ser equiparado a outro indivíduo sem que suas condições, materiais e subjetivas, sejam efetivamente consideradas.

> "Quem é, porém, essa "pessoa humana". Aqui está o nó a ser desatado. Por certo, já não se trata do descarnado "sujeito de direito", o sempre igual titular da capacidade (para fazer funcionar a ordem) jurídica. Buscam-se pessoas concretas, os seres humanos de carne e osso, tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto são singulares em sua personalidade, em seu "modo de ser", peculiar. Um novo capítulo – dos Direitos da Personalidade – se inscreve, decididamente, no Direito Civil, fazendo "a ponte entre o público e o privado". E um novo princípio passa a habitar, implícita ou explicitamente o universo constitucional: o princípio do livre desenvolvimento da personalidade".[258]

[258] MARTINS-COSTA, Judith. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 69-70.

Tal movimento iniciado em 1948 continuou se expandindo e consolidando-se tanto no âmbito constitucional nacional, quanto nos instrumentos jurídicos que vêm desenhando novos espaços de convivência supranacional.

> "Em particular, após o término da Segunda Grande Guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu art. 1º.: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos." A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei". Não obstante, costuma-se apontar a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos: "Art. 1, 1 – A dignidade do homem é intangível. Respeita-la e protege-la é obrigação de todos os poderes estatais." Do mesmo modo, a Constituição portuguesa de 1976, promulgada após o longo período de ditadura salazarista, estabelece, em seu artigo 1º.: "Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária." Igualmente, a Constituição espanhola de 1978, adotada em seguida ao fim da república franquista, estabelece no artigo 10, 1: "A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social." Anote-se que a recém-promulgada Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, assinada em Nice em dezembro de 2000, prevê em seu primeiro artigo: "A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida". Tem a Carta um capítulo dedicado à Dignidade (Capítulo I) e encontram-se ali tutelados o direito à vida, à integridade do ser humano, à proibição de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes e à proibição à escravidão e ao trabalho forçado".[259]

O aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção aos direitos fundamentais no âmbito interno a cada Estado nacional permitiu a ultrapassagem de uma concepção formal e universalista desses direitos. No interior desse processo – no qual destacamos o direito a um tratamento igualitário -, foi se instituindo progressivamente instrumentos adequados para

uma tutela material e substancial de um “sujeito de direitos especificado”. Este movimento que partiu da universalização para uma maior particularização do “sujeito de direitos” deveu-se, sobretudo, à inestimável contribuição do direito internacional dos direitos humanos que foi sendo institucionalizado a partir da Declaração de 1948.

Segundo Flávia Piovesan, por meio da Declaração, conferiu-se “lastro axiológico” e “unidade valorativa” a esse novo campo do direito, no qual se buscou conferir ênfase aos aspectos referentes à universalidade, indivisibilidade e à interdependência dos direitos humanos. Estabeleceu-se então um sistema normativo global, integrado por tratados internacionais que procuraram refletir a consciência ética da comunidade internacional após a revelação do circo de horrores a que a humanidade se permitiu durante a Guerra. Buscou-se então a estruturação de um sistema normativo no interior do qual fossem instituídos mecanismos de controle e monitoramento, por meio dos quais, se garantisse a sua efetividade. E paralelamente à constituição desse sistema global, foram sendo instituídos sistemas normativos de alcance regional, de natureza complementar. Tal sistema vêm se expandindo progressivamente, envolvendo praticamente toda a comunidade internacional em torno de tratados ratificados por quase todos os Estados nacionais hoje existentes.

> “O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais dos direitos humanos, fixando parâmetros protetivos mínimos. Nesse sentido, cabe destacar que até 2003 o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 149 Estados-partes, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 146 Estados-partes, a Convenção contra a Tortura contava com 132 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial contava com 167 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher contava com 170 Estados-partes, e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com

[259] MORAES, Maria Celina Bodin. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.114-115.

> 191 Estados-partes2. O elevado número de Estados-partes desses tratados simboliza o grau de consenso internacional a respeito de temas centrais voltados aos direitos humanos. Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da Organização das Nações Unidas – ONU – com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado com o sistema americano, o europeu e o africano de proteção aos direitos humanos. Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o espectro instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas complementam-se, somando-se ao sistema nacional de proteção a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Estes são a lógica e o conjunto de princípios próprios do Direito dos Direitos Humanos."[260]

Gostaríamos de ressaltar que, mesmo no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, assistiu-se à uma primeira fase na qual a preocupação central se deu em torno da afirmação e consolidação de uma abordagem universalista em torno da tutela dos direitos fundamentais. Sobretudo, no plano dos direitos à igualdade de tratamento (igualdade formal), visto que, tal pressuposto foi aviltado de forma bárbara pelos acontecimentos desencadeados pela 2ª. Guerra – em especial pelo nazismo. Tratava-se, pois, de erigir-se barreiras de contenção à todas as formas de manifestação de intolerância, de estigmatização do corpo e da identidade do "outro", daquele que por algum pressuposto material ou imaginário, estabelecemos como "diferente" de nós. Tratava-se de punir – abordagem repressiva – as manifestações mais virulentas associadas ao racismo, à xenofobia, e a todas as manifestações de preconceito.

No entanto, logo se percebeu – da mesma forma como ocorreu no âmbito interno a cada sociedade individualmente considerada – que uma abordagem universalista, malgrado sua importância e utilidade indiscutíveis, não era suficiente para atender-se toda a gama de problemas apontados no

---

[260] PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 45-46, jan/abr. 2005.

âmbito da comunidade internacional. Isto porque, uma abordagem genérica, na qual se tutela o homem em sua abstração universal, não alcançam aqueles indivíduos inscritos no interior de coletividades específicas, portadores de uma simbologia que lhes é exclusiva, pelo estigma e/ou pela vulnerabilidade.

Daí porque afirmarmos que, de fato, o processo de especificação do "sujeito de direitos", uma das características constituintes do Estado Democrático Social de Direito, se deu, grosso modo, de fora para dentro. Tais mandamentos foram sendo inicialmente instituídos no plano de tratados internacionais, ratificados e internalizados pelos Estados parte e, progressivamente, positivados no âmbito de suas respectivas Constituições.

Foi a partir desse plano normativo que, ao lado de medidas de abrangência geral, por meio das quais se tutela toda a humanidade, foram surgindo normas internacionais objetivas, voltadas para grupos especificados. Ao lado de tratados internacionais com vocação assumidamente universalista, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), foram surgindo outros, nos quais se especificava o sujeito de direitos. Estes podiam ser refugiados, minorias étnicas, mulheres, crianças, etc. Surgiu então, ao lado dos dois grandes pactos globais, um "sistema especial de controle e monitoramento". Este se volta para grupos e categorias específicas, tutelados por meio de Convenções internacionais, dentre as quais destacaríamos: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); e a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989).

> "A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal. A título de exemplo, basta avaliar quem é o destinatário da Declaração de 1948, bem como basta atentar para a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, também de 1948, que pune a lógica da intolerância pautada na destruição do "outro", em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião. Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade.

> Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção. Nesse cenário, por exemplo a população afro-descendente, as mulheres, as crianças e demais grupos devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial."[261]

No âmbito internacional, do mesmo modo como ocorreu em algumas ordens estatais nacionais de vanguarda – como a alemã instaurada pela Constituição de Bonn (1949) -, observou-se também um movimento pelo qual o princípio formal da igualdade se viu enriquecido por uma concepção material. Tal enriquecimento manifestou-se pela concessão a título universal de direitos consistentes em prestações materiais, serviços, e normas jurídicas destinadas a criar desigualdades jurídicas para compensar desigualdades de fato (PIDESC). No entanto, no âmbito do sistema especial, foi se consolidando aquilo que definimos nesse estudo como uma "concepção substancial" de igualdade. Atenta não apenas às questões referentes à igualdade de oportunidades que se deve conferir a alguns grupos sociais específicos em razão de seu pertencimento a alguma especificidade étnica, etária ou de gênero viram tolhidas ou limitadas as possibilidades de livre desenvolvimento de sua personalidade. Mas buscou-se tutelar tais especificidades no bojo de um direito fundamental à "identidade".

No interior dessa nova concepção, o fundamental seria que não confundíssemos desigualdades com diferenças. Isto porque, se o tratamento igualitário conferido aos desiguais os mantém atados às conseqüências de um sistema político e social criado para lhes impor uma dinâmica de inferioridade, o não reconhecimento de suas diferenças, da peculiaridade de seu processo histórico, de suas nuances culturais, pode levar à descaracterização de sua

[261] Op. Cit., p. 46-47.

identidade coletiva. Por isso, uma ordem jurídica assente no conceito substancial de igualdade deve ser capaz de articular redistribuição (igualdade material) ao "reconhecimento".[262] Segundo parte da doutrina, teríamos aqui a expressão do "caráter bidimensional da justiça".

Daí porque, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos haveria a prevalência de duas estratégias complementares, no que diz respeito à efetivação do direito fundamental à igualdade: a repressiva-punitiva, por meio da qual se busca garantir o plano protetivo instituído no campo da igualdade formal, proibindo e reprimindo todo o tipo de tratamento discriminatório que implique no estabelecimento de alguma forma de inferioridade; e a promocional, por meio da qual se busca alterar objetivamente as condições de vida (igualdade material), auto-estima e a consideração social destinada a determinados grupos (igualdade substancial). Busca-se combinar a proibição de práticas determinadas com políticas públicas de natureza compensatória, tendo-se em consideração que, tais compensações, podem ser tanto materiais (prestações), como legislativas (instituição de uma condição de hipossuficiência), quanto simbólicas (políticas de valorização de uma identidade coletiva ou de aspectos a ela associados).

A comunidade internacional se convenceu, portanto, da insuficiência de uma abordagem puramente universalista e da necessidade de ações "focadas". Mais ainda, reconheceu que em certas circunstâncias, o combate à discriminação historicamente instituída, e com reflexos políticos, sociais e culturais profundos, só pode ser adequadamente enfrentado por meio de uma "discriminação inversa" ou "positiva". Neste sentido, a comunidade internacional optou por considerar, recomendar e, de certa forma, exigir em dadas circunstâncias, o recurso às ações afirmativas.

> "Nesse sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Elas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado

[262] Flávia Piovesan parece preferir falar em uma dupla dimensão atribuível à igualdade material, residindo à igualdade substancial nesse segundo plano. Neste sentido: "Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a. igualdade formal, reduzida à fórmula "todos são iguais perante a lei" (que no seu tempo foi crucial para a abolição de privilégios); b. igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c. igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)." Op. Cit., p. 47.

> discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos. As ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva. Por essas razões a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no artigo 1º, parágrafo 4º, a possibilidade de "discriminação positiva" (a chamada "ação afirmativa") mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, visando a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher também contempla a possibilidade jurídica de uso das ações afirmativas, pela qual os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, visando a acelerar o processo de igualização de *status* entre homens e mulheres. Tais medidas cessarão quando alcançado o seu objetivo. São, portanto, medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando o passado discriminatório sofrido pelo grupo social em questão."[263]

Chama-nos a atenção o fato de, os tratados internacionais de direitos humanos e, cada vez mais, as normas oriundas do direito comunitário, tratarem do problema da efetivação do princípio da igualdade. Isto porque, tal abordagem reforça um dos argumentos centrais dessa presente dissertação. Trata-se exatamente da posição nuclear conferida à igualdade no âmbito dos processos de legitimação jurídico-política de uma dada ordem estatal. Procuramos demonstrar a recorrência do valor igualdade ao longo das diversas concepções assumidas pelo Estado moderno, atingindo o seu patamar mais elaborado no contexto do Estado Democrático Social de Direito contemporâneo. No entanto, deixamos patente também, na segunda parte desse trabalho, o esgotamento de uma estatalidade fundada nos moldes do Estado nacional moderno - em face da dinâmica recente do desenvolvimento

[263] Op.Cit., p. 49-50.

tecnológico e seus desdobramentos geopolíticos no bojo do que se convencionou denominar por processos de globalização. Por sua vez, têm-se buscado contornar as conseqüências produzidas pelo enfraquecimento do Estado nacional por meio de processos de integração que, partindo-se da seara econômica, tendem a incorporar novas dimensões existenciais – sobretudo, a tutela dos direitos fundamentais.

Neste itinerário, no qual fazemos referência aos inúmeros tratados internacionais até aqui mencionados e, mais especificamente, às regras de direito comunitário, chama-nos a atenção, além da referida centralidade atribuída ao valor igualdade e aos dispositivos instituídos com vistas à sua plena efetivação, a própria estrutura normativa que os recepciona. Tratam-se na verdade de verdadeiros "programas constitucionais", não no sentido vulgarmente atribuído às chamadas "normas programáticas", às quais muitas vezes se atribuem uma função meramente proclamatória. Mas no sentido de normas cujo conteúdo vincula de forma categórica todos os poderes estatais que a ela se ligam, no sentido que lhe foi classicamente atribuído pelo conceito de "Constituição dirigente" – concepção jurídico-política a qual se filiam, por exemplo, a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988.

> "Constituição programática e Constituição dirigente são sinônimos para a maioria dos autores. No entanto, e como já tivemos oportunidade de salientar, o recorte mais afinado da 'Constituição dirigente' foi feito em termos jurídico-dogmáticos por um autor que nada tem a ver com a defesa de Constituições programáticas. Talvez não seja despiciendo recordar que Peter Lerche, na sua conhecida e clássica monografia *Übermass und Verbot*, procurou destilar, dentre a riqueza de normas constitucionais, um tipo de normas englobadas na designação de constituição dirigente. As normas que este autor tinha em mente conexionavam-se, sobretudo, com o princípio e direitos de igualdade: o direito de igualdade dos filhos nascidos dentro e fora do casamento e os direitos de igualdade dos cônjuges. Em rigor, não estamos perante uma norma-tarefa ou normas-fim, mas perante um tipo de norma que ao mesmo tempo que consagra direitos de igualdade impõe um dever jurídico-constitucional ao legislador no sentido de este dar concretização aos direitos de igualdade acabados de referir. Este 'núcleo dirigente' da Constituição alemã era, como se sabe, bastante restrito, pois a *Grundgesetz* caracterizava-se e caracteriza-se por uma ostensiva parcimônia na utilização de normas programáticas. Como quer que seja, o esquema 'dirigente'

> vislumbrado por Lerche no âmbito dos direitos de igualdade foi transposto para o terreno vasto das normas impositivas de deveres de legislação. É através desta transferência que a literatura acabou por associar 'constituição programática' e 'constituição dirigente'. Esta não se limitava a uns quantos deveres constitucionais de atividade legiferante esparsos pela constituição, antes condensava uma rede de normas/tarefa e normas/fim globalmente impositivas de uma normação jurídico-legal. A atividade do legislador pautava-se, em termos teleológicos, pelos ditames programáticos constitucionalmente estabelecidos."[264]

Temos então a transferência do conteúdo e da estrutura normativa típica de algumas modalidades constitucionais (constitucionalismo dirigente) de Estado Democrático Social de Direito para o âmbito dos processos de integração comunitária. Neste plano podemos perceber que, não obstante a transformação das formas jurídico-constitucionais por meio das quais se institui uma dada estatalidade (agora no âmbito da pós-modernidade, por intermédio de estruturas transnacionais), esta continua a requerer e a exigir o mesmo fundamento de legitimidade. O tratamento igualitário como expressão de uma "justiça social".

Não deixa, portanto, de ser curioso o fato de que muitos dos que criticam a opção do constituinte brasileiro não percebam que aquilo que definiram como anacrônico e ultrapassado constitua a estrutura normativo-axiológica do direito comunitário e do direito internacional dos direitos humanos no presente. Ou seja, a vinculação dos poderes estatais, sobretudo, o legislador, a esquemas organizatórios de políticas públicas no âmbito da liberdade política, da justiça social e da eficácia econômica. Tal normatividade foi instituída exatamente naquelas dimensões em que se produzem conflitos e assimetrias sociais profundas, caracterizadoras de um processo histórico recorrente de marginalização. Neste contexto, abstratamente considerado, se equiparam tanto a experiência nacional brasileira quanto às relações sociais de poder político e produção econômica em âmbito global. O seu enfrentamento por meio de processos através dos quais se busca um consenso institucionalizado, apenas reforça a natureza diferida e contratual do pensamento constitucionalista ocidental – agora transposto para a dimensão transnacional,

---

[264] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente**. In "Brancosos" e Interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.

constitutiva do mundo pós-moderno. Este continua acreditando na capacidade de uma dada ordem jurídica fundada sobre alguma forma de consenso institucionalizado, capaz de atuar com base no direito e, legitimado pelos valores de justiça e de igualdade que agasalha. Busca-se assim oferecer os elementos necessários para obter-se estabilidade política e social e, através dela, a prosperidade econômica. Daí ter-se incorporado os ditames típicos do constitucionalismo dirigente e, no seu interior, a adoção de medidas político-legislativas que lhe são ínsitas, como as ações afirmativas. Em um âmbito (nacional) quanto no outro (comunitário) a legitimação político-social requer a busca e a realização de justiça como igualdade e/ou "eqüidade".

> "Uma importantíssima viragem na problematização da constituição dirigente resulta hoje de fenômenos da supranacionalização (Mercosul, Comunidade Européia). O Tratado da União Européia impõe aos Estados-Membros o dever de adoção de todas as medidas gerais e particulares adequadas para assegurar o cumprimento das obrigações derivadas do Tratado (artigo 5º.). Isto significa que a vinculação assumida pela ratificação do Tratado da União Européia implica simultaneamente a obrigação específica de lhe dar execução. Por outras palavras: os Estados-membros estão obrigados a adotar as medidas necessárias e adequadas – políticas, legislativas, regulamentares – para dar efetividade prática às imposições convencionais do Tratado da União Européia. O incumprimento das obrigações comunitárias por parte do legislador interno está sujeito ao controle do Tribunal de Justiça da Comunidade através do recurso de incumprimento contra o estado membro incumpridor (Tratado EU, artigos 169º., 170º., 171º.). Curiosamente, o direito comunitário fornece hoje os exemplos mais 'dirigentes' do direito atual. (...) Retira-se, assim, centralidade teórica e dogmática à constituição dirigente e sugere-se o caráter dirigente de tratados internacionais instituidores da União Européia. Temos dúvidas quanto à transposição de plano desta idéia para o MERCOSUL, dado o caráter menos cogente do seu sistema de normas. No plano europeu, é, porém, indiscutível que existem nos tratados normas expressas a consagrar o dever do legislador interno quanto à transformação das diretivas comunitárias. Por sua vez, o Tribunal de Justiça das Comunidades tem levado a peito a tarefa de guardião da força normativo-dirigente do direito comunitário. Normativo-dirigente porque ao contrário do que afirmam hoje muitos autores defensores do perecimento da constituição dirigente, a favor da revivescência da constituição aberta e democrática, não vemos como o Tribunal poderá escorar as suas sentenças no 'caráter aberto' do Tratado da União ou no seu 'caráter democrático'. Por outro lado, e como vai ver-se, a

Coimbra: Almedina, 2006, p. 214-215.

> lógica do Tribunal assenta no caráter obrigacional do cumprimento das diretivas comunitárias por parte dos Estados-Membros."[265]

Independentemente dos desdobramentos futuros em torno da sorte do Estado nacional, se este será ou não relativamente dissolvido no interior de uma nova estatalidade comunitária ou transnacional, é fato corrente a institucionalização no plano internacional de um sistema de tutela aos direitos humanos que possui na realização substancial da igualdade um dos seus elementos norteadores. A grande maioria desses tratados, incluindo os dois grandes pactos internacionais de 1966 (PIDCP e PIDESC) e as cinco convenções que compõe o sistema especial de tutela dos direitos humanos, foram ratificados e internalizados no direito brasileiro. E independentemente da hierarquia que se venha a atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores[266] à edição da Emenda Constitucional n. 45, é evidente a sua correlação e identidade com os valores albergados pela nossa ordem constitucional. Neste sentido, as normas autorizadoras de ações afirmativas expressamente previstas pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (parágrafo 4º., do artigo 1º.), e pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de discriminação contra a Mulher (artigo 4º.), estão aí para afastar qualquer dúvida quanto à autorização legal para a promoção das mesmas.

CAPÍTULO 3º: AÇÃO AFIRMATIVA NO ÂMBITO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO.

---

[265] Op. Cit., p. 222-223.

[266] Em nossa opinião, com base na teoria da recepção material esposada, dentre outros, por Jorge Miranda, os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC/45 devem ser recepcionados como norma de hierarquia constitucional. De fato, este já nos parecia ser o intuito do Constituinte originário por meio da cláusula aberta instituída com o parágrafo segundo do artigo 5º. da Constituição. No entanto, assim não entendeu a maioria do STF, optando por parificá-los à lei ordinária – apesar da perplexidade que tal entendimento gera por contrariar expressamente o artigo 27 da Convenção de Viena sobre tratados. No entanto, tomamos conhecimento de uma forte tendência entre os componentes atuais do Tribunal no sentido de atribuir-se aos tratados de direitos humanos anteriores à EC/45 o *status* hierárquico de norma "supralegal" – inferior à Constituição e superior à lei ordinária.

Neste capítulo procuraremos demonstrar a adequação das ações afirmativas como instrumento apto para a concretização dos postulados práticos e teórico-filosóficos associados ao Estado Democrático Social de Direito. Para tanto, partiremos dos elementos mais abstratos, ligados à essa concepção jurídico-política da ordem estatal, tomando a teoria da justiça como eqüidade de John Rawls como fundamento ético e teórico de tal concepção em nossa contemporaneidade. Os pontos da teoria rawlsoniana da justiça que mais nos interessam, já foram amplamente dispostos na primeira parte dessa dissertação, de modo que, neste capítulo, procederemos apenas à articulação deste universo teórico e conceitual com o nosso objeto de análise.

Em seguida, procuraremos apontar o processo através do qual se avançou para além do Estado social delineado no final do século XIX e que se materializou no plano constitucional-concreto durante o período de entre-guerras. Retomaremos rapidamente o movimento pelo qual se superou a abordagem meramente assistencial por outra na qual o fundamento de legitimidade para a autoridade estatal deixou de basear-se na simples garantia (material) de subsistência dos cidadãos. Desta feita, ela migrou para um campo mais complexo e exigente, no qual, a igualdade implicará na mobilização de todos os meios necessários (desde que autorizados pela ordem jurídico-constitucional) para o livre e pleno desenvolvimento da personalidade.

Na descendente de nossa interpretação, vencidos os elementos mais abstratos, discutiremos a realidade concreta e objetiva sobre a qual a teoria busca intervir. Isto porque, mesmo reconhecendo-se a natureza deontológica do Direito, sua condição de “ciência” do dever-ser, temos claro que apenas uma “*práxis*” política adequada, fundamentada em uma leitura crível e realista do universo político-social sobre o qual se pretende atuar, é capaz de dar ao direito à capacidade de conformação que ele ambiciona. Por isso, discutiremos aqui algumas peculiaridades acerca da formação sócio-cultural brasileira, dando atenção especial às questões associadas ao tema de nossa identidade nacional. Depois de termos discutido os aspectos referentes à dimensão política e econômica da formação histórica de nossa sociedade, entendemos ser este o ponto mais apropriado para abordarmos estes fatores. Isto porque, as peculiaridades vinculadas à identidade nacional brasileira – sobretudo, a

questão da miscigenação -, são frequentemente trazidos à discussão quando se coloca a intervenção de políticas públicas via ações afirmativas.

Em seguida, levaremos em consideração a natureza assincrônica da sociedade brasileira, que combina problemas e virtualidades de diversos tempos históricos em sua realidade contemporânea. Uma sociedade que combina problemas típicos do século XIX como a reforma agrária – para não falar de temas ainda mais recuados, como o trabalho escravo – com temas típicos da pós-modernidade, do mundo pós-industrial, como o multiculturalismo e a crise do Estado nacional. Na seqüência e também em face dessa natureza assincrônica de sua formação social-histórica, procuraremos definir, a ordem jurídico-política instituída em 1988, como transição para um efetivo Estado Democrático Social de Direito. Transição bem “a brasileira”, é bom que se diga. Marcada por compromissos de toda a sorte, ancorados no passado oligárquico e corporativista, mas também no futuro, que se espera pleno de cidadania e de justiça social. Daí o acerto do Constituinte de 1988 ao definir-se por um modelo constitucional de tipo dirigente, lastreado em um contrato social de realização diferida – “reserva do possível” – mas pleno de vinculação dos poderes estatais aos princípios positivados e instituidores do “programa constitucional” que, aos trancos e barrancos, estamos por realizar. E se é certo que muito há para se fazer, é também inegável que muito já se fez e está se fazendo. Afinal, esta nunca foi uma sociedade cujo desenvolvimento possa se expressar de forma linear, mas por saltos, sempre aberta a pequenos recuos – que se esperam temporários. Porque, afinal, sabemos que estamos a avançar.

E uma das manifestações mais importantes – e difíceis – desta trajetória diz respeito exatamente à extraordinária dívida social que temos para com diversos setores constituintes de nossa sociedade nacional. É para tentar saudá-la que o Constituinte autorizou e até instituiu diretamente na Constituição esquemas organizativos de políticas públicas baseadas em ações afirmativas. Estão elas de acordo com os pressupostos éticos e morais estabelecidos pela teoria da justiça como eqüidade, com os fundamentos jurídico-políticos legitimadores do Estado Democrático Social de Direito, com os postulados ético-normativos da ordem jurídica internacional e, com a esperança emancipatória que animou os setores mais lúcidos de nossa sociedade civil no bojo da Assembléia Constituinte.

> "Sem dúvida, não há dificuldade em reconhecer que todos os seres humanos são iguais em natureza, portanto, em dignidade. Assim, todos são iguais quanto aos direitos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, como enumera o art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira. Isso, porém, não exclui as diferenciações que levam em conta peculiaridades pessoais, como idade, sanidade mental, etc., como espelha o direito civil, sem que ninguém conteste sua compatibilidade com a igualdade. São diferenciações que respondem ao fato de que tais pessoas não estão, nos atos da vida, nas mesmas condições do ser humano que o direito toma como padrão de referência, ser humano este, no auge de sua vitalidade e plenamente são. Entretanto, colhem os seres humanos outras diferenças, que os desavantajam em face desse ser humano "padrão". São as diferenças quanto a condições sociais, decorrentes de diferentes "situações" - culturais, econômicas, sociais, etc., em que aparecem na sociedade os seres humanos concretos, considerados nos grupos que integram. Tais diferenças são freqüentemente de ordem coletiva, no sentido que refletem a posição do grupo social a que pertence o prejudicado - o discriminado enquanto membro do grupo desavantajado. Ora, pela lógica da Justiça, que manda dar tratamento desigual àqueles que entre si se desigualam, cabe tratamento diferenciado em favor destes. Um tratamento compensatório ou corretivo. É a *discriminação reversa* que pretende corrigir pelas Ações Afirmativas a discriminação em detrimento de grupos sociais."[267]

3.1 - *Fundamentos Teórico-Filosóficos para a instituição de uma sociedade Bem-Ordenada*

Na segunda parte dessa dissertação buscamos discutir o problema da igualdade em suas dimensões mais usais. Ou seja, a igualdade em seu sentido formal, expressa no âmbito do universo jurídico ocidental pelo princípio da isonomia, e a igualdade em seu sentido material. Esta última deve compreendida como um conjunto de intervenções provocadas pelo poder público ("prestações positivas") através das quais se procura distribuir politicamente parte daqueles bens especialmente prezados pela sociedade para os setores da comunidade nacional que se encontram em uma posição de

[267] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas**. Revista do TST, Brasília, vol. 69, n. 2, jul/dez, 2003, p. 74-75.

vulnerabilidade ou de marginalização. Todavia, acreditamos que a concepção de igualdade em sentido material comporta ainda uma segunda acepção ou, melhor dizendo, pode ser desdobrada em um segundo momento. Por pura conveniência terminológica passaremos a chamar de “igualdade em sentido substancial” ou simplesmente “eqüidade”.

Seguindo neste aspecto a trilha aberta por John Rawls, entendemos que a concepção de justiça como “eqüidade” constitui a espinha dorsal da própria concepção de Estado Democrático Social de Direito. A sua síntese contemporânea, a junção da própria razão de ser do Estado de bem-estar social (*welfare state*) desenvolvido após a 2ª. guerra mundial, com as conquistas clássicas do Estado de Direito elaborado pelo liberalismo.

Neste sentido, a igualdade em seu sentido substancial ou eqüidade, orienta-se por uma concepção qualificada de justiça, na qual o elemento mais importante passa a ser a idéia de “igualdade de oportunidades” e de “reconhecimento de identidades”. Como se sabe, Rawls define a “justiça” com base em um conceito que se manifesta pela atuação de seus “princípios” na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais. Uma concepção de justiça como eqüidade passaria por uma “interpretação” dessa situação.

Esta concepção de eqüidade distingue-se da teoria aristotélica que a identifica como um corretivo para os rigores da lei em sua aplicação ao caso concreto. Para Rawls, ela se define então como um acordo sobre “princípios de justiça” - alcançado em uma “situação inicial eqüitativa”. Esta situação inicial eqüitativa por sua vez caracteriza-se por proporcionar a todos os participantes da sociedade uma perfeita “paridade de armas”. Tal situação, atinge-se na medida em que possamos projetar, em um plano hipotético, aquilo que se definiu por “posição original”. Seria esta uma situação análoga ao do “estado de natureza” do contratualismo clássico: situação hipotética na qual as partes escolhem, “sob um véu de ignorância”, os dois princípios de justiça (Princípio da Igualdade / Princípio da Diferença) numa situação inicial justa, eqüitativa e razoável.

Tais princípios, que regulam uma “sociedade bem-ordenada” devem ser escolhidos de tal forma que os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade sejam justamente avaliados. Segundo o “princípio da igualdade”

cada um deve ter direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras pessoas. Já segundo o "princípio da diferença", ou das desigualdades aceitáveis por todos, as assimetrias econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que simultaneamente: a) se possa razoavelmente esperar que elas sejam em benefício de todos; b) decorram de posições e funções às quais todos tem acesso. É preciso ter-se claro então que a concepção tradicional de contrato social foi substituída por uma situação inicial que incorpora certas restrições de conduta baseada em razões destinadas a conduzir a um acordo sobre os princípios de justiça. Retomemos mais uma vez as palavras de Rawls:

> "Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são objeto de consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover os seus próprios interesses, aceitariam numa posição original de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como eqüidade".[268]

A questão da justiça como eqüidade se torna mais importante na medida em que percebemos que toda vida humana é, essencialmente, uma vida que se desenvolve no interior de instituições. Assim sendo, a definição e a escolha dos dois princípios de justiça no âmbito da "situação inicial" se volta basicamente para a busca de uma espécie de "justiça institucional". A justiça estaria para as instituições como a "verdade" está para a ciência. Por isto ela deve irradiar-se a partir das instituições mais importantes, como a Constituição política e os principais acordos políticos e sociais. Assim, na visão de Rawls, constituem exemplos das instituições estruturadas a partir deste consenso

[268] RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 12.

normativo fundamental, a proteção legal da liberdade de pensamento e consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e a família monogâmica. A aplicação dos dois conceitos de justiça na definição de seus limites e amplitude teriam um efeito extraordinário sob o conjunto da chamada “estrutura básica da sociedade”. Para Rawls o objeto primário da justiça seria esta estrutura básica, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos, deveres fundamentais e, determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social. O objetivo final de tais prescrições normativas seria atingir-se um grau de desenvolvimento político-social que caracterizaria a chamada “sociedade bem-ordenada” (*well ordered society*).

Esta sociedade justa, bem estruturada, deve ser fundamentada de tal modo que as pessoas possam conviver com todas as diferenças religiosas, étnicas e culturais, enquanto pessoas livres e iguais e, portanto, que possam viver bem. A “teoria da justiça” se apresenta como um procedimento de construção, mais precisamente “uma estrutura procedimental”, capaz de representar, teoricamente, os dois princípios fundamentais de justiça política. Os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do “acordo original”. Enquanto princípios que regulam todos os subseqüentes acordos, pactos e contratos, eles especificam os tipos de cooperação social e formas de governo a serem estabelecidos. São, portanto, pressupostos lógico-racionais para a institucionalização do pacto fundante da sociedade política.

E este “pacto”, é bom que se ressalve, não se faz de uma só vez. Ele seria um processo que se desenvolve por etapas gradativas, do mais abstrato ao mais concreto. Em uma primeira etapa, “sob o véu da ignorância”, escolher-se-iam os dois princípios. Em uma segunda etapa, ultrapassada a discussão acerca dos princípios de justiça, as partes na Assembléia Constituinte, adquirem conhecimento dos fatos gerais relativos à sociedade à qual pertencem. Em uma terceira etapa, resolvidas as questões relativas à Constituição Política e com um conhecimento mais elaborado sobre as condições sociais e econômicas da sociedade em questão, escolher-se-iam as políticas de bem estar econômico e político. Em uma quarta etapa, as partes perspectivariam as suas situações particulares em condições de total acesso

aos fatos, pois o véu de ignorância foi sendo gradualmente removido na descida seqüencial do mundo da posição original “até ao nosso mundo”, e ai então seremos capazes de estudar a aplicação das normas com integral compreensão da estrutura básica da nossa sociedade.

É neste ponto que se coloca com toda clareza a necessidade e a legitimidade de ações fundamentadas em discriminações positivas ou ações afirmativas. Elas devem resultar de um consenso que poderia ser facilmente revelado caso todos os participantes do jogo político e social pudessem escrever as suas regras a partir de princípios de justiça formulados sob “um véu de ignorância”. Nesta situação, ficaria evidente para todos que, para além da igualdade formal que garante a todos o mesmo acesso às liberdades públicas, só se tornam aceitáveis as desigualdades que de alguma forma possam constituir em maior benefício para o conjunto da sociedade - uma vez garantida a todos os seus membros condições iguais (pelo ao menos de partida) para o acesso aos bens mais importantes instituídos por essa mesma sociedade. Não se trata aqui de uma igualdade “burocrática” como imaginada pelos estertores do “socialismo real”, mas basicamente de igualdade de oportunidades – o que todos os membros da sociedade política seriam capazes de concordar se não soubessem previamente o lugar que ocupariam no âmbito de sua estrutura de classes.

> “Na justiça como eqüidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste

> eqüitativo... A justiça como eqüidade começa, como já disse, com uma das mais genéricas dentre todas as escolhas que as pessoas podem fazer em conjunto, especificamente, a escolha dos primeiros princípios de uma concepção de justiça que deve regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições. Depois de haver escolhido uma concepção de justiça, podemos supor que as pessoas deverão escolher uma constituição e uma legislatura para elaborar leis, e assim por diante, tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados"[269]

Ora, sem a afirmação de princípios de justiça que sejam capazes de garantir o desenvolvimento a contento das instituições jurídico-políticas (normativo-preceptivas) que posteriormente conformarão as instituições sócio-culturais (fundadas no princípio clássico da autonomia privada, na capacidade para criar leis ["contratos"] para regular as suas relações com os demais visando a expansão da esfera de sua liberdade), torna-se impossível a plena estruturação do ideal de uma sociedade bem-ordenada. E sem esta, abre-se o espaço de luta e conflito propício à instabilidade das instituições – e até ao seu legítimo questionamento através da "desobediência civil".

Segundo Rawls, sociedade sem estabilidade é aquela que convive com o desvirtuamento dos seus poderes institucionais. Uma sociedade bem ordenada é estável, uma sociedade estável é bem ordenada. A questão da instabilidade ligaria-se à própria aderência dos espíritos pactuantes ao contrato social ou não. Todo pacto viveria da aceitação reiterada que se dá ao funcionamento das instituições que devem reger-se de acordo com os princípios de justiça. No entanto, deve-se frisar, não é porque as instituições sejam imperfeitas, que se deverá gerar a "desobediência civil". Não se deve discutir se devemos ou não obedecer a uma instituição iníqua, violenta, arbitrária, despótica. Mas se um governo democraticamente constituído está ou não sujeito à desobediência civil. Uma teoria da justiça deve prever uma teoria da desobediência. A desobediência pode ser definida como um ato de resistência não-violento, de caráter político, contrário à lei, no sentido da realização de uma mudança política. Trata-se de uma ação na qual os seus agentes desafiam abertamente uma dada ordem jurídica percebida como

[269] Op. Cit., p. 13-14.

injusta, com consciência acerca das prováveis conseqüências de seus atos e dispostos a assumir as suas conseqüências (punição pelos fundamentos prescritos pela ordem questionada, mas indiscutivelmente instituída e em vigor), exigindo a sua modificação. Foi exatamente o que tivemos em situações concretas, como a luta de Gandhi contra o colonialismo inglês na Índia e, sobretudo, para o que nos interessa a luta pelos direitos civis travados pelos negros e outros grupos minoritários nos EUA dos anos 50-60 e liderados, dentre outros, por figuras como Martin Luther King.

Também em Habermas, percebemos que a idéia de um "Estado de Direito" se manifesta através da instituição de um pacto fundante. Este se daria por intermédio do Poder Constituinte Originário, fundamentado em um conjunto de valores e de princípios objetos de consenso prévio, e que teriam por objetivo imunizar a sociedade contra futuras vontades tirânicas de maiorias circunstanciais, capazes de suprimir ou ameaçar os direitos fundamentais das minorias. Estes princípios e valores seriam objeto de tutela por uma Corte Constitucional, que através do controle de constitucionalidade das leis, exerceria uma permanente manutenção/atualização dos princípios de justiça voltados para a concretização do ideal de eqüidade. Neste sentido, rejeita-se inclusive a idéia segundo a qual o chamado "ativismo judicial" implicaria em uma contradição com o princípio democrático que confere ao Poder Legislativo ampla discricionariedade na produção de normas jurídicas. Segundo Habermas, tal discricionariedade encontra um limite muito claro na medida em que os fundamentos que alicerçaram o acordo em torno da Constituição, protraem-se no tempo, sob o olhar comprometido dos guardiões da Suprema Corte.

> "Em sistemas políticos, tais como o dos EUA e o da República Federal da Alemanha, que prevêem uma instituição independente para examinar a constitucionalidade das leis emitidas pelo Congresso, desencadeiam-se debates sobre a relação entre democracia e Estado de direito e sobre a função e a posição do Tribunal Constitucional, de grande influência política. Nos EUA, desde há muito tempo, se desenvolve um debate acalorado sobre a legitimidade do controle das normas (*judicial review*), exercido pela *Supreme Court* em última instância, pois a convicção republicana segundo a qual todo poder do Estado vem do povo recusa-se a aceitar o poder elitista de especialistas em direito, que apelando somente para a sua

> competência específica para interpretar a Constituição e sem serem legitimados pelas maiorias democráticas, revogam decisões de um legislativo eleito democraticamente... será que a sentença proferida por um juiz constitucional da República Federal, intervencionista e democrata convicto, que usa o instrumento pretensamente democrático do controle de normas, não é capaz de revelar o segredo que envolve a relação entre o princípio da soberania do povo e do Estado de direito?... Um juiz responsável que se qualifica como um interprete democraticamente insuspeito da Constituição, uma vez que a sua sentença só pode ser prolatada (segundo o melhor saber e a melhor consciência) após ter-se exposto, de modo paciente, curioso, hermeneuticamente sensível e desejoso de aprender, à confusão das vozes dos discursos levados a cabo na sociedade civil e no espaço público, pois a interação com o grande público, perante o qual o jurista se sabe responsável, deve contribuir para a legitimação democrática do juízo de um juiz não sufucientemente legitimado do ponto de vista democrático".[270]

Nestes termos, entendemos plenamente justificada não apenas a idéia de que o Estado Democrático Social de Direito implica na adoção de uma concepção substancial de igualdade ("igualdade de oportunidades"), fundamentada na idéia rawlsoniana de justiça como eqüidade. Como também, o ativismo judicial das Cortes Constitucionais encarregadas de perpetuar e atualizar os princípios que balizaram o pacto fundante que deu origem ao Estado Democrático Social de Direito. Tal intervenção teria por objetivo evitar a tirania das maiorias e, desenvolvendo mecanismos inclusivos capazes de perpetuarem no tempo os elementos eqüitativos que se encontram na origem do poder constituinte originário instituidor deste Estado Democrático Social de Direito. É neste sentido que entendemos que, a abstração criada por Rawls referente à situação inicial, ao véu de ignorância, à eleição e aplicação dos dois princípios de justiça; bem como, o manuseio do todo o catálogo conceitual fornecido pela teoria da justiça como eqüidade deveriam ser pensados em uma perspectiva na qual se tenha os juizes da Corte Constitucional como seus legítimos destinatários.

3.2 - *Do Assistencialismo ao Igualitarismo*

[270] HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 157-158.

Como já afirmamos a pouco, coube ao constitucionalismo moderno a introdução da idéia de direitos fundamentais de natureza social, econômica e cultural, de direitos a prestações positivas do Estado. Estes benefícios teriam por objetivo ir além dos direitos fundamentais de natureza individual ou negativa, colocando-se os primeiros como elementos necessários à plena realização destes últimos. Enfim, a busca por um plano de igualdade em sentido material, representou um avanço extraordinário para parcelas significativas da humanidade – sobretudo após a 2ª. guerra mundial.

A universalização de cobertura propiciada por sistemas públicos de saúde, assistência e previdência social representou uma melhoria fenomenal para os segmentos sociais mais vulneráveis, de repercussão humanitária indiscutível. Nas sociedades situadas no centro do modo de produção capitalista, tais políticas permitiram um redução significativa das diferenças econômicas entre os diversos extratos de classe que a compõe. Atacou-se a pobreza absoluta, canalizaram-se investimentos públicos para áreas de saneamento, habitação, educação e transportes públicos.

Todavia, ficou patente que ao promover-se políticas sociais públicas massivas, não obstante a sua natureza universalista, nem todos os grupos delas se beneficiaram da mesma forma. Quer dizer, entre um indivíduo branco do sexo masculino, e outros pertencentes a algum estrato minoritário, ambos atingidos igualmente por políticas públicas de bem-estar de natureza universalista, o primeiro demonstrava maior facilidade para delas se aproveitar e prosperar do que os demais.

Por isto, como já tivemos oportunidade de afirmar, o próprio conceito de igualdade material teve que ser desdobrado, buscando-se no seu sentido "substancial", uma idéia de igualdade material que conduza à realização de princípios de justiça, e uma justiça como "eqüidade". Tal concepção, em princípio, parece contradizer de forma inconciliável a noção de igualdade formal, de "isonomia" – que não podemos deixar de reconhecer como uma conquista irrenunciável da cultura jurídica moderna. Mas tal contradição é aparente, visto que, quando artigo 5º. da CF/88, em seu *caput*, nos diz que:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, faz-se referência aqui à Lei maior em seu sentido amplo, entendendo-se a Constituição como um sistema normativo composto por valores, princípios e regras, que em certas circunstâncias podem perfeitamente colidir entre si. No entanto, tais normas podem e devem ser harmonizados por princípios hermenêuticos, “postulados normativos de aplicação”, como os da “unidade”, do “efeito integrador” e da “concordância prática”. Sendo assim, o conceito de igualdade material em sentido substancial, ao reivindicar um tratamento eqüitativo entre indivíduos pertencentes a grupos sociais distintos, contraria apenas aparentemente o princípio da isonomia. Visto que, o tratamento igual perante a lei não pode impedir esta mesma lei de igualar objetivamente (materialmente) os indivíduos em questão quando tal desigualdade se orienta para a realização de princípios de justiça como eqüidade.

> “Da transição da ultrapassada noção de igualdade «estática» ou «formal» ao novo conceito de igualdade «substancial» surge a idéia de «igualdade de oportunidades», noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social. Dessa nova visão resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes. (...)A consagração normativa dessas políticas sociais representa, pois, um momento de ruptura na evolução do Estado moderno. Com efeito, como bem assinala a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, «em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania

> criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política». Assim, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar «ativamente na busca» da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais."[271]

Até porque, neste patamar, a possibilidade do Estado atingir o seu escopo não está adstrita à afluência de recursos materiais, que tornam a prestação material devida por este mesmo Estado sujeita às disponibilidades da chamada "reserva do possível". Trata-se basicamente de um conjunto acertado de medidas legislativas e administrativas que procuram garantir um acesso mais eqüitativo a certos bens públicos cuja apropriação foi sistematicamente distorcida por certos atavismos históricos. Não se trata mais também de "dar" algo, de "assistir" um grupo de indivíduos, mas de criar as condições necessárias para que eles possam, por sua própria força, conquistar os seus objetivos e interesses. Não se trata mais de distribuir recursos, mas oportunidades. Por isto afirmamos que, no âmbito do Estado Democrático Social de Direito, a prática de discriminações positivas ou ações afirmativas, implica verdadeiramente na passagem de uma concepção de política pública marcada pela idéia de assistencialismo (*welfare state*), para um patamar qualitativamente superior que podemos denominar por "igualitarismo".

[271] GOMES, Joaquim Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. In SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 22-23.

3.3 - *As Peculiaridades da Ação Afirmativa no Âmbito da Sociedade Brasileira: a questão da identidade nacional*

A sociedade brasileira seguiu uma trajetória muito distinta da norte-americana no que diz respeito ao seu processo de constituição étnico-social. Inexistiu aqui qualquer idéia de "missão", ou objetivo de constituir uma sociedade moralmente superior, ou mesmo uma busca obstinada pela liberdade religiosa como observamos nos EUA. Aliás, muito pelo contrário. A ocupação inicial do território deu-se por pura necessidade geopolítica, imposta pelos termos estabelecidos em conjunto com a Coroa espanhola sob os auspícios do Papado no bojo do Tratado de Tordesilhas.

Com base em um modelo cartorial, fundado em concessões reais, outorgaram-se a cartas régias por meio das quais constituímos os primeiros donatários que aqui vieram se instalar para dar vida ao sistema de capitanias hereditárias. Estes primeiros "senhores da terra", não vieram para cá imbuídos de algum espírito nobre, mas simplesmente para enriquecer o mais rápido possível, e assim que pudessem, voltar para a metrópole. Apenas a ambição do lucro rápido e fácil os movia. Afora estes, para o Brasil também foram enviados na condição de degredados os "parias" da sociedade portuguesa da época, bandidos e perseguidos por motivo de religião – sobretudo, judeus, que aqui já desembarcavam convertidos, na condição de "marranos" ou "cristãos novos".

A nascente sociedade não se constituiu como um *lócus* político-social, fundado em um forte espírito comunitário, mas em puro espaço econômico caracterizado pela exploração predatória do homem e da terra. Assim sendo, a tosca atividade inicial fundada no extrativismo do pau-brasil foi dando lugar à monocultura de exportação açucareira. Dada a dificuldade atávica para adaptar-se à população nativa ao trabalho rotineiro e enfadonho da lavoura canavieira, recorreu-se à importação em larga escala de escravos africanos. Desta maneira, sob a batuta de uma nascente divisão internacional do trabalho ditada pelos interesses metropolitanos, a sociedade colonial brasileira foi se compondo a partir do encontro de um pequeno número de colonos portugueses que rapidamente absorveu boa parte da população indígena em um fulgurante processo de assimilação. E em seguida, foi se dando algo semelhante – ainda

que de forma bem mais lenta, complexa e comedida – com o elemento africano.

Os colonizadores portugueses não ambicionavam criar aqui uma nova sociedade, moralmente superior à metrópole. E como as primeiras percepções a respeito da nova terra pareciam indicar a descoberta de uma espécie de "paraíso", posto que os indígenas desconhecessem em absoluto as convenções morais que os portugueses supunham dotadas de uma validade universal, foi se consolidando no imaginário social a idéia segundo a qual "não existiria pecado ao sul do equador". Ademais, os colonizadores portugueses não se identificavam a si próprios como uma "raça", mas basicamente a uma civilização, já reconhecidamente miscigenada por séculos de ocupação árabe-moura na península ibérica. E dado o fato da colonização portuguesa efetuar-se basicamente a partir de uma população masculina composta de aventureiros arrivistas, deslanchou nestas novas terras um intenso processo de miscigenação. Por meio deste, malgrado a existência de estruturas sociais absolutamente assimétricas, como a servidão indígena e a escravidão africana, estas não ofereceram nenhum tipo de resistência para o amplo comércio sexual entre integrantes de todos os grupos étnicos que participaram da nascente sociedade brasileira. Ou seja, diferentemente do caráter dual da sociedade norte-americana, na qual as diferenças de origem criaram algumas cercas bem visíveis (e outras nem tanto), a sociedade brasileira, já nasceu "mestiça" e, neste sentido, "multicultural".

A mestiçagem vista na América do Norte como promiscuidade, no Brasil apresentou-se como "natural".[272] A formação religiosa certamente em muito contribuiu para isto, visto que, em matéria de costumes, o catolicismo mostrou-se muito mais flexível do que o credo protestante. Sendo assim, não obstante as recaídas fundamentalistas de alguns setores da Igreja Católica envolvidos na empresa colonial – jesuítas -, de uma maneira geral, o catolicismo nos trópicos demonstrou maleabilidade suficiente para tolerar uma série de práticas proscritas no mundo metropolitano. Além disso, absorveu em seu interior boa

[272] "No plano étnico-cultural, essa transfiguração se dá pela gestação de uma etnia nova, que foi unificando, na língua e nos costumes, os índios desengajados de seu viver gentílico, os negros trazidos da África, e os europeus aqui querenciados. Era o brasileiro que surgia, construído com os tijolos dessas matrizes à medida que elas iam sendo desfeitas." RIBEIRO, Darcy. **O povo Brasileiro – a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 30.

parte da espiritualidade indígena e africana através do fenômeno do "sincretismo religioso". Assim, à mestiçagem sexual acrescentou-se a "mestiçagem espiritual". Nasceu então, pragmaticamente, o nosso "espírito de Macunaíma", e a mística do "herói sem nenhum caráter".

Isto porque, se por um lado a ausência de uma forte identidade étnico-racial permitiu o desenvolvimento entre nós de uma sociedade miscigenada, por outro lado, também dificultou o desenvolvimento de qualquer identidade coletiva, de um forte espírito comunitário. Este fato, aliado a uma forte relativização dos valores morais, induziu à formação de um tipo peculiar de individualismo, uma espécie de *self made mam* "pervertido" no qual os "fins" (o enriquecimento pessoal com a correspondente ascensão social) justificam os "meios". E assim, sobretudo, a partir do esgotamento da economia açucareira e com a constituição de um núcleo social urbano, interiorizado em torno da atividade mineradora, forjou-se uma estrutura de classes relativamente aberta a ascensão social de indivíduos, que por qualquer motivo, ganhavam dinheiro. Podiam assim, "comprar" a sua liberdade (no caso de ex-escravos, obtendo-se a correspondente alforria), ou uma posição social de relevo – quase sempre expressa pela aquisição, a bom preço, de algum título nobiliárquico.

Todavia, que fique bem registrado que a ausência entre nós de uma mentalidade segregadora não implicou em ausência de discriminação em relação à condição daqueles que traziam em sua cor ou no seu biótipo as marcas de pertencimento a um grupo étnico "inferior". A desvalorização do elemento indígena e, em maior grau, da negritude africana foi, e ainda continua sendo uma constante no âmbito do imaginário social brasileiro.

O que ocorre é uma espécie de "branqueamento" psico-social imputado aos indivíduos que em razão de sua ascensão econômica passam a gozar do "privilégio" de participar da sociedade inicialmente destinada aos homens brancos. Sendo assim, discrimina-se coletivamente a grande massa dos homens de cor que permanecem presos ao grande lodaçal da miséria, mas se assimila discretamente àqueles que por algum motivo particular conseguiram fugir desta condição. A esta assimilação individual e seletiva somou-se um forte sentimento "paternalista" que se forjaram entre senhores brancos e mulheres negras e seus descendentes agregados, ao longo de séculos de convivência entre a casa grande e a senzala.

Tais fatores contribuíram então para dissipar qualquer possibilidade política de articulação dos interesses da grande comunidade dos homens de cor – sobretudo negros – em torno de um projeto comum capaz de atribuir-lhes "direitos" (e não privilégios) em razão de sua condição étnica e histórica. Submissão e resignação. Aberta a porta – ocasional e seletiva – para a ascensão do "bom crioulo", dotado de "alma branca", perdeu-se o impulso coletivo que rejeita o favor, o privilégio, para exigir "direitos".

> "No Brasil como em outras partes, os escravos negociaram mais do que lutaram, abertamente contra o sistema. Trata-se do heroísmo prosaico de cada dia. Apesar das chicotadas, das dietas inadequadas, da saúde seriamente comprometida ou do esfacelamento da família pela venda, os escravos conseguiram viver o seu dia-a-dia, conforme analisou Sandra Graham. Relativamente poucos, na verdade, assassinaram seus senhores, ou participaram de rebeliões, enquanto que a maioria, por estratégia, criatividade ou sorte, ia vivendo da melhor forma possível."[273]

Paradoxalmente, foi exatamente esta maleabilidade plástica da sociedade brasileira que viabilizou, entre nós, a formação de um modelo de sociedade plenamente identificável com o chamado "*melting pot*" ou caldeirão cultural. Sobretudo, a partir de meados do século XIX e da intensificação da imigração européia e oriental (sobretudo japonesa) para garantir-se os braços necessários para a manutenção da monocultura cafeeira - após o esgotamento da instituição escravocrata. É claro que, neste aspecto, os imigrantes e seus descendentes – sobretudo os de ascendência européia – encontraram maiores facilidades para sua ascensão pessoal. Seja porque a própria política oficial os recebia com maior júbilo dentro de uma estratégia assumida de "branqueamento"[274] da população do país. Ou porque não carregavam o

---

[273] REIS, João José; SILVA, Eduardo. **Negociação e Conflito – a resistência negra no Brasil escravista**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 14.

[274] "A tese do branqueamento baseava-se na presunção da superioridade branca, às vezes, pelo uso dos eufemismos raças 'mais adiantadas' e 'menos adiantadas' e pelo fato de ficar em aberto a questão de ser a inferioridade inata. À suposição inicial, juntavam-se mais duas. Primeiro – a população negra diminuía progressivamente em relação à branca por motivos que incluíam a suposta taxa de natalidade mais baixa, a maior incidência de doenças, e a desorganização social. Segundo – a miscigenação produzia 'naturalmente' uma população mais clara, em parte porque o gene branco era mais forte e em parte porque as pessoas procurassem parceiros mais claros do que elas (A imigração branca reforçaria a resultante predominância branca.). Obviamente, a conclusão otimista dessa análise racial repousava sobre uma afirmação chave: a de que a miscigenação não produzia inevitavelmente degenerados, mas uma população mestiça sadia capaz de tornar-se sempre mais branca, tanto cultural quanto fisicamente."

estigma de um passado escravocrata com as humilhações e a quebra da auto-estima típica de quem foi sujeitado a tal condição. E, principalmente, devido à disposição para o trabalho e a busca por uma melhor condição de vida que é típica de todos aqueles que emigram em qualquer tempo ou época – e que os distingue substancialmente daqueles que foram desterrados à força do seu solo natal.

Outra característica curiosa deste problema entre nós reside na construção – sobretudo no âmbito cultural – daquilo que poderíamos denominar por "mito da modernidade". Trata-se de uma solução estética vanguardista e de significativa originalidade que foi elaborada entre nós, sobretudo, a partir do movimento modernista. De fato, foi uma resposta forjada para um confronto que consumiu o debate estético-cultural no país durante boa parte do século XIX. Naquela altura de nosso processo histórico, sob a inflexão de teorias biologicistas formuladas na Europa sob a áurea da "cientificidade", inferia-se a superioridade natural da raça branca sobre as demais. Argüia-se também acerca da natureza inevitavelmente indolente e improdutiva a que estavam naturalmente condenadas às sociedades situadas nos trópicos.[275]

Diante de tais "fundamentos", muitos foram os que no plano estético passaram a defender o absoluto "branqueamento" de nossa produção cultural. Ou seja, quanto mais nos aproximarmos dos modelos e cânones forjados na Europa melhor – já que sendo o país uma extensão do mundo europeu, a ele deveríamos estar umbilicalmente ligados, rejeitando-se como exótica e despropositada qualquer "pretensão de originalidade". O movimento simbolista, com sua pretensão obsessiva na assimilação das rígidas formas de composição poética foi um exemplo clássico desta postura (e dentre estes destacaríamos a obra de Olavo Bilac).

SKIDMORE, Thomas E. **Preto no Branco – raça e nacionalidade no pensamento brasileiro**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 81.

[275] "Mestiça era também a imagem que Louis Agassiz levava do país, quando em 1865 retornava aos Estados Unidos da América carregando na bagagem anotações frescas sobre esse território que se transformara no paraíso dos naturalistas. Era dessa maneira que, em 1868, o reconhecido pesquisador suíço descrevia o local: *que qualquer um que duvide dos males da mistura de raças, e inclua por mal-entendida filantropia, a botar abaixo todas as barreiras que as separam, venha ao Brasil. Não poderá negar a deterioração decorrente da amálgama das raças mais geral aqui do que em qualquer outro país do mundo, e que vai apagando rapidamente as melhores qualidades do branco, do negro e do índio deixando um tipo indefinido, híbrido, deficiente em energia física e mental*." SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças – cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 13.

Em reação a tal postura, tivemos entre nós – a exemplo do que ocorria também na Europa, em especial na Alemanha e na Itália – uma versão peculiar do movimento romântico pintado com cores "nativistas". Ora, se os italianos resolveram idealizar o seu passado representado pelo Império Romano, ou os alemães as virtudes germânicas derivadas da pureza ariana, no Brasil optou-se pela idealização de identidade indígena – como se viu em José de Alencar e em Lima Barreto. Os modernistas, aplicando uma dialética surpreendente para a época, superaram este impasse por meio de uma síntese corajosa.

Constataram que devido às peculiaridades de nossa formação histórica, nossa identidade nacional não poderia recair sob um elemento específico, mas no entroncamento das contribuições dos grupos que de forma mais expressiva vieram a constituir nossa sociedade, tanto em seus aspectos físicos quanto simbólico-culturais. Que o Brasil não poderia ser branco, indígena ou negro, visto que basta um olhar furtivo em nossa gente para perceber que ela não se enquadra em tais denominações, mas necessariamente mestiço.

A grande característica da cultura brasileira seria exatamente a capacidade de "beber em diversas fontes", apropriar-se do melhor que cada uma delas pode nos oferecer, para em seguida parir o novo. Surge então a (feliz) metáfora do antropófogo, referenciada no episódio (real) em que o bispo Sardinha se viu devorado pelos tupinambás. Lembrando que estes, só devoravam os melhores adversários, na expectativa de reter-lhe as virtudes admiradas.

Segundo modernistas do calibre de Osvald e Mario de Andrade este deveria ser o procedimento padrão. E de fato, percebemos que no plano estético esta leitura acabou por se impor. A começar por aquilo que veio a se estabelecer como um dos esteios da identidade nacional no século XX: o futebol. Como se sabe, este não nasceu por aqui, e o próprio universo de expressões que compõe o seu léxico semântico denuncia sua origem anglo-saxônica. Curiosamente, este esporte veio a ser introduzido no Brasil por um mulato, filho de um alemão com uma negra brasileira. Sendo que hoje ninguém seria capaz de negar a contribuição absolutamente original que demos ao desenvolvimento desta prática esportiva em nosso país.[276]

[276] ROSENFELD, Anatol. **Negro, Macumba e Futebol**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1993.

Mas talvez o mais importante, tenha sido o fato de, no futebol, pela primeira vez termos tido a oportunidade de constituir uma espécie de idealização de nossa sociedade. Afinal de contas, a seleção brasileira de futebol foi o primeiro espaço institucional no qual, de fato, todos os elementos integrantes do grande mosaico étnico-cultural que nos constitui pôde se expressar com toda a sua força, orgulho e vigor. Na seleção estão representantes de todas as etnias, regiões e credos que compõe este país de dimensões continentais. No futebol, nossa forma peculiar (diria um tanto pervertida) de individualismo se vê refreada pela necessidade do conjunto. Este não chega necessariamente a abolir o brilho individual, mas não admite que ele tente se sobrepor ao talento coletivo. A seleção brasileira de futebol se converteu em uma espécie de paradigma estilizado de nosso "país do futuro", no qual unidos pelo talento, todos teriam sua chance – independentemente de sua cor, região ou credo. Tal estilização acabou transbordando para outras dimensões ao longo do último século, deixando sua marca na música (bossa-nova, tropicalismo), no teatro (em especial na obra de José Celso Martinez), no cinema (em especial o cinema-novo de Glauber Rocha), nas artes plásticas (Lígia Clark, Hélio Oiticica), na poesia (Augusto e Haroldo de Campos)e assim por diante.

> "O segundo manifesto, O Antropófago, desenvolve e explicita a metáfora da devoração. Nós, brasileiros, não deveríamos imitar e sim devorar a informação nova, viesse de onde viesse. Ou, nas palavras de Haroldo de Campos, 'assimilar sob espécie brasileira a experiência estrangeira e reinventá-la em termos nossos, com qualidades locais ineludíveis que dariam ao produto resultante um caráter autônomo e lhe confeririam, em princípio, a possibilidade de passar a funcionar, por sua vez, num confronto internacional, como produto de exportação'. Oswald subvertia a ordem de importação perene – de formas e fórmulas gastas – (que afinal se manifestava mais como má seleção das referências do passado e das orientações para o futuro do que como medida da força criativa dos autores) e lançava o mito da antropofagia, trazendo para as relações culturais internacionais o ritual canibal. A cena da deglutição do padre D. Pero Fernandes Sardinha pelos índios passa a ser a cena inaugural da cultura brasileira, o próprio fundamento da nacionalidade. A idéia do canibalismo cultural servia-nos, aos tropicalistas, como uma luva."[277]

Todavia, tal plano de integração manteve-se restrito ao âmbito estético e à pessoa de seus protagonistas que acabaram criando pequenas comunidades integradas, que ao se difundirem através dos *mass media*,[278] forjaram a falsa impressão de que tal modelo representaria de fato o perfil de nossa sociedade. Sendo assim, o que nasceu como proposta estético-política voltada para apontar um "dever-ser" de nossa sociedade, acabou se convertendo em elemento de mistificação. Em substrato ideológico que aponta para um grau de tolerância, respeito e oportunidades que não correspondem à "sociedade real". Em seu limite chegamos ao bizarro clichê da "democracia racial brasileira".[279]

E talvez, resida exatamente aqui uma das grandes dificuldades enfrentadas por aqueles que tentam justificar entre nós, a introdução de políticas fundamentadas em ações afirmativas. Seus críticos não se cansam em demonstrar sua desnecessidade diante de uma sociedade – e, sobretudo, de uma ordem jurídica – que nunca foi ostensivamente segregadora, como por exemplo, nos EUA. Por isso, afirmam alguns, tais iniciativas poderiam até mesmo introduzir uma espécie de auto-segregação aonde a muito reinaria integração e harmonia. Reconhece-se até uma situação de fato na qual boa parte da população negra e mulata encontra-se atada aos segmentos mais periféricos e marginais de nossa sociedade, mas argumenta-se que tal fato representa apenas um eco, uma conseqüência distante do passado escravocrata fadado a desaparecer com o tempo. Por isso seria preciso ter paciência, para não tumultuar o que no geral teria sido até agora positivo - dadas às circunstâncias.

E enquanto as coisas não se acomodam espontaneamente, admite-se no máximo a introdução de políticas voltadas para a promoção individual de

---

[277] VELOSO, Caetano. **Verdade Tropical**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 247.
[278] MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Cláudia Barcellos. **Raça como Retórica – a construção da diferença**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
[279] "Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo – há muita gente de jenipapo ou mancha mongólica pelo Brasil – a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro. No litoral, do Maranhão ao Rio Grande do sul. E em Minas Gerais, principalmente do negro. A influência direta, ou vaga e remota, do africano. Na ternura mímica excessiva, no catolicismo em que se deliciam nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra. Da escrava ou sinhama que nos embalou. Que nos deu de mamar. Que nos deu de comer, ela própria amolegando na mão o bolão de comida. Da negra velha que nos contou as primeiras histórias de bicho e de mal-assombrado. Da mulata que nos tirou o primeiro bicho-de-pé de uma coceira tão boa. Da que nos iniciou no amor físico e nos transmitiu, ao ranger da cama-de-vento, a primeira sensação completa de homem. Do muleque que

elementos pertencentes a grupos marginais, justificando-se tais ações com base no merecimento pessoal, esforço, dedicação, etc., e nunca no reconhecimento do débito histórico do Estado brasileiro para com estes grupos submetidos sistematicamente a um processo de estigmatização. Nega-se a legitimidade de qualquer política fundada no resgate da auto-estima coletiva destes segmentos, sob o pretexto de pura desnecessidade. Ou o que as vezes é até pior, admite-se a necessidade da saudar-se uma certa dívida, ou de fazerem-se algumas correções, mas repudia-se sistematicamente todos os instrumentos capazes de, na prática, alterar tal realidade, sob a alegação de que em última instância as ações afirmativas iriam contra os interesses dos próprios beneficiados. Novamente, uma certa elite intelectual – branca ou "branqueada" – se sente em condições de decidir em nome dos reais interessados. Admite-se então que "alguma coisa" deve ser feita exatamente para que não se faça nada.

Pode até ser verdade que não tivemos no Brasil uma ordem jurídica segregadora nos termos do que ocorreu nos EUA, que por aqui, ao contrário de lá, a miscigenação sempre permitiu um bom tráfego em termos culturais entre os diversos grupos constituintes de nossa identidade nacional. No entanto, não é menos verdadeiro que em nossa sociedade cidadãos negros (sobretudo), mas também mulheres, homossexuais, deficientes físicos, crianças e idosos, dentre outros segmentos encontram-se em uma situação de inferioridade econômica e de marginalização social que é um claro reflexo de seu pertencimento a tais grupos. E isto não pode ser pura conseqüência de seu reduzido ímpeto empreendedor, ou de sua falta de competitividade individual.

Felizmente, com a Constituição de 1988, a ordem jurídica brasileira, pela voz do constituinte originário, finalmente (em nossa opinião) reconheceu de forma explícita, tanto em seu sistema de regras quanto em sua teia principiológica, esta situação de assimetria e marginalização. Deixou clara a sua opção política pelo enfrentamento sem demora de tal situação – chegando até mesmo a fixar casuisticamente um rol de medidas destinadas a compensar determinados grupos através de discriminações positivas (como mulheres e deficientes físicos). Tal determinação histórica e política, constitui-se em uma

---

foi o nosso primeiro companheiro de brinquedo." FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1992, p. 283.

das mais importantes balizas do Estado Democrático Social de Direito introduzido em nossa sociedade pela nova ordem constitucional. Trata-se pois, em nossa opinião, de um dos aspectos mais importantes deste grande "contrato social" firmado com o objetivo de se construir "uma sociedade livre, justa e solidária".

3.4 - *Ação Afirmativa no contexto de uma sociedade pós-industrial e pós-moderna: o fenômeno do "multiculturalsimo"*

O multiculturalismo em seu sentido contemporâneo é a expressão inafastável da "segmentação das identidades sociais", provocadas pelas recentes transformações tecnológicas que atingiram e remodelaram a estrutura de produção do capitalismo mundial. De um lado, a transformação das organizações empresariais redefiniu os procedimentos de integração do indivíduo junto ao processo de acumulação de capital - quebrando todas as formas anteriores de solidariedade e atirando "todos" no frenesi da competitividade e da busca paranóica por "eficiência." O declínio da "produção em massa" só foi possível pelo declínio do "consumo de massas". E o resultado disto acabou redundando em um grande processo de fragmentação das identidades sociais (burguesia / proletariado) constituídas a partir da revolução industrial.

Como o sistema de trocas assume crescentemente formas de mediação simbólica,[280] e as que estão disponíveis, apenas reforçam a fragmentação de um sujeito "reificado" pelos hábitos individualistas de consumo, urge recompor de alguma forma as identidades partidas. Estas identidades passam a transbordar para outras esferas. Migram para além da solidariedade econômica típica da sociedade industrial. Afinal de contas, a solidariedade nacional ou operária nunca fez, por si só, muita coisa pelo operário negro, pela mulher proletária, pelo imigrante ou pelo homossexual. Buscam-se novas identidades sociais a partir da aceitação do caráter (pós-moderno) segmentado da sociedade pós-industrial. Dá-se então a criação (estimulada pelo marketing publicitário) de nichos de identidade social.

O multiculturalismo em sua versão pós-moderna foi em princípio um fenômeno tipicamente norte-americano - mas que também parece fadado à globalização. Representa uma ruptura com as práticas políticas de todas as chamadas "minorias" - que até recentemente lutavam pela integração à grande nação norte-americana. Agora, renega-se a idéia de "caldeirão cultural" ("*melting pot*") que havia sido o paradigma de integração idealizado no interior da sociedade americana - e grosso modo, de todos os países do "novo mundo."

[280] BORDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

Como já afirmamos em outro momento, a idéia de “caldeirão cultural” implicava na disposição de todos os grupos sociais que se dirigiam ao “novo mundo” em aceitar como única, a nova identidade nacional do Estado que os recebia. Deviam despir-se de todos os vínculos de origem, para renascerem com identidades renovadas. Em países como o Brasil, tais significações se desenvolveram (por uma série de peculiaridades históricas já analisadas) quase que espontaneamente. A “identidade nacional” acabou resultando de uma unidade baseada na síntese de culturas diversas, no sincretismo religioso, e na miscigenação racial. Contudo, em outras paragens (como nos EUA) tivemos realidades diferentes. Na América do Norte forjou-se um processo vigoroso de identidade nacional baseada no patriotismo e no culto aos símbolos nacionais. Estes deveriam ser expressão de uma identidade superior - pois despida de elementos subjetivistas e fundamentada no reconhecimento recíproco de direitos plasmados nas instituições estatais. O grande problema é que, apesar de todo universalismo democrático presente nas “escrituras” e discursos institucionais norte-americanos, no plano da sociedade real, os valores nacionais acabaram correspondendo às expressões simbólicas do grupo “branco,” “anglo-saxão,” e “protestante” - ou simplesmente “*wasp*”. Daí a ocorrência de diversos “conflitos integrativos” recorrentes ao longo da história norte-americana, e que fizeram “subir a temperatura” do país nos anos 60. Tais conflitos, agora eclodem em um contexto totalmente novo. Antes, lutava-se pela integração. No caso norte-americano, a bandeira vermelha, azul e branca deveria corresponder a uma identidade de fato reconhecida e assumida por todos. Agora, temos o contrário, esta mesma bandeira deve reconhecer o “direito universal à diferença”. Substitui-se a imagem de “caldeirão cultural” pelo de “prato de salada”.

> “Um dos pontos-chave do multiculturalismo é a questão da diferença. Como se pode tratar a diferença? Qual é o seu lugar dentro de um sistema social? A diferença é um fator de enriquecimento ou, ao contrário, um empobrecimento? Um trunfo ou uma ameaça? Para chegarmos a uma resposta, importa relembrar que a diferença não é simplesmente, ou unicamente, um conceito filosófico, uma forma semântica. A diferença é antes de tudo uma realidade concreta, um processo humano e social, que os homens empregam em suas práticas cotidianas e encontra-se inserida no processo histórico. Assim, é impossível estudar a diferença desconsiderando-se as mudanças e as

> evoluções que fazem dessa idéia uma realização dinâmica. Constatada em determinado momento e sociedade, qualquer diferença é, ao mesmo tempo, um resultado e uma condição transitória. Resultado, se considerarmos o passado e privilegiarmos o processo que resultou em diferença. Mas ela é, igualmente, um estado transitório, se privilegiarmos a continuidade da dinâmica, que vai necessariamente alterar este estado no sentido de uma configuração posterior."[281]

Contudo, o que mais se sobressai (e talvez assuste) no multiculturalismo não é a sua militância (que afinal de contas já existia, ainda que sem tanta divulgação), mas a idéia fundadora de "retomada de identidades" que há pouco se buscava esquecer e/ou esconder. Trata-se de uma espécie de revalorização do recalcado. Uma reviravolta psicossocial da culpa. Os que até há pouco eram no máximo "vítimas", passam a "inquisidores" autorizados do passado.

O multiculturalismo é um processo político-social. Todavia, passou a gozar de *status* acadêmico-intelectual com as primeiras pesquisas etnográficas desenvolvidas pela lendária escola de Chicago - já a partir do final dos anos 20. Mas foi em meados dos 70, que passou a ganhar prestígio no interior das mais importantes universidades norte-americanas - o chamado Yvy League. Universidades como as de Stanford e o City University of New York passaram a introduzir em seus currículos cursos especiais para atender a raças, etnias, e outras subjetividades. Questionava-se o predomínio do pensamento branco, masculino, e ocidental nos currículos. Introduziram-se estudos sobre assuntos referentes a negros, mulheres, gays, lésbicas, árabes, índios, hispânicos, etc. A conquista da América, por exemplo, deveria agora ser revista sob a "ótica dos vencidos".

Resta, portanto, indagarmos se este aspecto do movimento multicultural – reivindicação do reconhecimento a certa identidade e reconhecimento de sua configuração histórica específica – pode ser incluída no bojo da discussão referente às ações afirmativas. Seria tal reconhecimento sujeito a uma tutela específica por parte do Poder Judiciário? Constituiria ele um "direito subjetivo" ou ao manos um "legítimo interesse"? Existiria no interior de ordens jurídicas organizadas enquanto Estado Democrático Social de Direito, fundamentos normativos para amparar tais reconhecimentos?

---

[281] SEMPRINI, Andrea. **MULTICULTURALISMO**. Bauru, SP: Edusc, 1999, p. 11.

Em primeiro lugar, nos parece indubitável que tais questões estejam inseridas no campo geral daquilo que se passou a denominar por “ações afirmativas”, visto que, tal fenômeno não pode ser restringido à oferta eqüitativa de oportunidades para grupos minoritários – ainda que esta seja a sua dimensão fundamental. Mas até para que tal desiderato seja atingido a contento, é necessário que existam ações que tratem também de resgatar o orgulho, a auto-estima, a consideração social. Enfim, é preciso criar as condições para que possa emergir todo um universo simbólico que seja expressão da riqueza de contribuições e possibilidades destes grupos sociais historicamente marginalizados. Sem este resgate, no âmbito simbólico, no plano do imaginário coletivo, dificilmente se conseguirá reduzir o complexo de inferioridade assimilado pelos indivíduos pertencentes a tais coletividades – o que criará dificuldades intransponíveis para que tais sujeitos venham de fato a aproveitar as oportunidades criadas pelo conjunto das políticas inclusivas eventualmente postas em prática.

> “Argumenta-se igualmente que o pluralismo que se instaura em decorrência das ações afirmativas traria inegáveis benefícios para os próprios países que se definem como multirraciais e que assistem, a cada dia, ao incremento do fenômeno do multiculturalismo. Para esses países, constituiria um erro estratégico inadmissível deixar de oferecer oportunidades efetivas de educação e de trabalho a certos segmentos da população, pois isto pode revelar-se, em médio prazo, altamente prejudicial à competitividade e à produtividade econômica do país. Portanto, agir «afirmativamente» seria também uma forma de zelar pela pujança econômica do país. Por fim, as ações afirmativas cumpririam o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas. Noutras palavras, além das metas acima mencionadas, elas constituiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Vale dizer, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida. Em suma, com esta conotação as ações afirmativas atuariam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários que, invariavelmente, assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual. Vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político,

> econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos."[282]

Quanto à caracterização ou não de um "interesse legítimo", exigível de plano por qualquer interessado, para tanto legitimado individual ou coletivamente, nossa resposta também será afirmativa. Afinal de contas, o "direito à real identidade", se apresenta como um desdobramento lógico e indiscutível da meta-norma representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana (III, art. 1º. da CF/88), não estando este circunscrito apenas ao seu significado biológico mais próximo – referentes aos direitos da paternidade, por exemplo. Mas insere-se também no âmbito de sua filiação cultural, étnica, religiosa, sexual, lingüística, nacional, etc. Ou seja, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana passa pelo reconhecimento da dignidade histórico-social do grupo ao qual sua identidade pessoal encontra-se umbilicalmente ligada.

Quanto ao Poder Judiciário, sempre que provocado por qualquer interessado que tenha legitimidade para tal – indivíduo membro de grupo marginalizado, associação, ou mesmo o Ministério Público (já que por tratar de direitos ligados à personalidade, está evidente sua natureza de indisponibilidade) – deverá deferir a tutela que se mostre mais adequada à defesa do interesse em questão. Aliás, na luta contra a disseminação de idéias, imagens, símbolos, e outras representações em geral, que pela sua natureza, veiculem informações desabonadoras a respeito de determinada identidade coletiva, deve-se pleitear e deferir, não apenas a tutela específica de natureza preventiva ou repressiva capaz de impedir ou retirar de circulação a mensagem ofensiva à consciência coletiva de um determinado grupo. Mas deve-se buscar reparar / compensar tal lesão, por meio do ajuizamento de ações civis públicas através das quais se pleiteie uma condizente indenização a título de dano moral coletivo.

No que diz respeito à existência de fundamentos normativos – princípios e regras constitucionais – no interior do Estado Democrático Social de Direito contemporâneo para apoiar semelhante interpretação, novamente optaremos

---

[282] GOMES, Joaquim Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. In SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003, p. 29.

por uma resposta positiva. Não só como decorrência da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana como foi levantado acima – e que de resto já seria suficiente para sustentar a plausibilidade de uma tutela jurídica desta natureza -, mas também com base em argumentos históricos e legais.

Afinal, a própria existência de um Estado Democrático Social de Direito só se dará quando se houverem formado todas as condições históricas necessárias para um mútuo reconhecimento da existência, relevância e, da efetiva participação no processo político-social de todas as coletividades que contribuíram e contribuem para a formação da sociedade nacional. O momento constituinte originário que inaugurou esta nova concepção de organização sócio-política, não prescinde deste acordo de princípios, mesmo que em um primeiro momento tal acordo não seja unânime ou consensual – como postulado por Rawls. Mas uma vez inscrito na Constituição, tal mandamento acabará por consumar um novo patamar de exigência para a convivência política no interior desta ordem jurídica, obrigando até mesmo os grupos inicialmente recalcitrantes a aceitarem este novo padrão de convivência civilizada. Isto se verificou nos EUA, quando o governo federal se viu obrigado, com base em decisões prolatadas pela Suprema Corte a partir de uma nova interpretação da Constituição, a enviar tropas federais para determinados Estados que se recusavam a obedecer às novas diretrizes que proibiam a existência de escolas segregadas. Isto pode vir a acontecer também no Brasil quando vierem a ser implementadas políticas efetivas de integração e reconhecimento das comunidades de afro-descendentes. Mas com o passar do tempo, a força normativa da Constituição acabará por se impor, silenciando eventuais questionamentos judiciais relativos a tais iniciativas, e consolidando uma interpretação mais generosa e pluralista com relação a tal problemática.

> “Os contemporâneos podem perceber que certos grupos, que até agora eram discriminados, adquirem voz própria e que classes até agora marginalizadas se tornam capazes de tomar o próprio destino nas suas mãos. As reformas, duramente discutidas no início, passam a ser reconhecidas como conquista própria por todos os partidos, uma vez passadas as lutas de interpretação. Numa visão retrospectiva, eles concordam que a inclusão de grupos marginalizados e a elevação de classes subprivilegiadas fazem com que melhorem os pressupostos para

> a legitimidade de processos democráticos existentes, que até então eram falhos".[283]

Quanto aos fundamentos dogmático-legais para tal reconhecimento, no âmbito de nossa ordem jurídica, por exemplo, poderíamos fazer referência à seção II, do capítulo III (da Educação, da Cultura, e do Desporto), do título VIII (Ordem Social) da Constituição Federal de 1988. Já no *caput* do seu primeiro artigo se lê:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais".

Percebe-se aqui, em primeiro lugar, o reconhecimento explícito pelo Constituinte da existência de "direitos culturais". Isto por si só já seria suficiente para calar os mais dogmáticos quanto à plausibilidade de se reivindicar perante o Poder Judiciário o reconhecimento de medidas que garantam o direito à real identidade cultural com todas as tutelas necessárias para o pleno gozo dos mesmos. Todavia, há que se ressaltar que o Constituinte foi além, detalhando algumas destas eventuais tutelas, relativas (exemplificativamente) ao acesso às fontes da cultura nacional, ao apoio, incentivo, valorização, e à difusão das (entenda-se "todas") as manifestações culturais que de alguma forma sejam expressão da identidade nacional. Em seus parágrafos, o legislador constituinte detalhou ainda mais a sua intenção:

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Percebemos aqui neste ponto, como em outros que abordaremos mais adiante, o grau de compromisso do Constituinte originário na construção de um

[283] HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165-166.

efetivo Estado Democrático Social de Direito. Ao definir, especificamente, alguns grupos sociais destinatários de ações afirmativas, no caso em questão, indígenas e afro-brasileiros, além da referência genérica às “culturas populares” - dentre as quais certamente se encontram as *identidades coletivas de natureza regional*. O comando constitucional apontou, pois, claramente para a valorização da identidade cultural dos dois grupos que, mesmo em uma condição sócio-política assimétrica, marginal, ofereceram inestimável contribuição para a formação de nossa identidade nacional. Tanto que, em seu parágrafo 2º., faculta à lei a designação de datas comemorativas de alta significação, para estes e para outros segmentos étnicos que deram a sua contribuição para o processo de formação da nação brasileira. No entanto, note-se que o referido dispositivo constitucional não está apenas a ressalvar a contribuição destes segmentos para o conjunto da identidade cultural brasileira – o que de resto já é notório. Mas o desejo de valorizá-los em sua singularidade, de se ressaltar os seus traços peculiares, de dar publicidade a toda a sua grandeza, contribuindo para se resgatar o orgulho e a auto-consideração de que devem ser portadores os indivíduos de que estas manifestações culturais são expressão.

Todavia, foi no artigo 216 que o Constituinte deixou claro e detalhou com maior precisão a amplitude da tutela oferecida na defesa de um enfoque plural e multicultural para a compreensão e preservação de nossa identidade nacional. Optou-se por meio deste, pela superação definitiva da idéia de “caldeirão cultural” (*melting pot*). Já em seu *caput* ele prescreve:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV- as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Percebemos claramente que os dois dispositivos da Carta da República que estabeleceram a chamada ordem constitucional da cultura tiveram como objetivo central o reconhecimento da natureza multicultural da identidade nacional brasileira. Sua positivação implica no dever (atribuído a todos os poderes estatais) de valorizar, conservar e estimular o desenvolvimento de manifestações artístico-culturais que sejam capazes de expressar a consciência e o imaginário coletivo de todos os segmentos aqui presentes. Transformou em patrimônio cultural bens de natureza material e imaterial, tomados em conjunto (identidade nacional), ou separadamente (identidade particular de um determinado grupo específico), explicitando exemplificativamente em seus cinco incisos a natureza e a abrangência de tal proteção.

Nos parágrafos de 1º. a 4º. do referido artigo 216 da CF/88, impôs-se ao poder público uma série de obrigações referentes à colaboração com a comunidade, promoção e proteção do patrimônio cultural. Isto deverá se dar através da elaboração de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, medidas de acautelamento e preservação gestão de documentação e condições para o seu franqueamento ao público. Também requererá atividade legislativa consistente na elaboração de normas que regulamentem e estabeleçam incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais e que estabeleçam punições para os que venham a danificar ou ameaçar este patrimônio cultural.

No parágrafo 5º., temos a concretização por parte do Constituinte originário de uma típica ação afirmativa de natureza sócio-cultural, ao estabelecer que: “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”. Trata-se, aliás, do resgate de uma dívida histórica para com a memória dos ancestrais de nossos afro-descendentes que com sua coragem e bravura desafiaram a iníqua instituição escravocrata e deram um inestimável exemplo de coragem e determinação para todos os que no futuro viriam a fazer parte da grande nação brasileira. E por fim, no parágrafo 6º. do supra citado artigo, temos uma das raríssimas

exceções nas quais o texto constitucional permite a vinculação de até cinco décimos por cento da “receita tributária líquida” dos Estados e do Distrito Federal, para a constituição de um fundo estadual de fomento à cultura, no caso em questão, para o financiamento de programas e projetos culturais – vedando, todavia, expressamente a sua utilização no pagamento de despesas com pessoal e encargos sociais, serviço da dívida, e qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Enfim, por tudo o que foi exposto percebemos que temas referentes à identidade cultural não apenas podem ser incluídos no âmbito de políticas inclusivas voltadas para a prática de ações afirmativas, como de fato o foram, expressamente autorizadas e previstas pelo Constituinte originário ao longo dos referidos dispositivos do texto constitucional de 1988. Em seguida, abordaremos melhor o contexto histórico-político em que se deu este acolhimento, além de muitos outros que dizem respeito às ações afirmativas no âmbito de nossa ordem constitucional, e que acabam por configurar a ordem estatal brasileira como um efetivo Estado Democrático Social de Direito.

3.5 - *A Caracterização da Ordem Jurídica Brasileira (inaugurada com a CF/88) como Estado Social de Direito*

A história constitucional brasileira, desde a ruptura do pacto colonial em 1822 e a outorga de nossa primeira Carta (carinhosamente apelidada por “Constituição da Mandioca”), até a promulgação da Constituição de 1988, trouxe consigo o “DNA” do autoritarismo. À centralização absolutista e a instituição escravocrata de nossa primeira Constituição, seguiu-se um federalismo “de araque” que fez a glória de nossa 1ª. República – uma “República de Coronéis”. E se movimentos sociais e populares foram determinantes para fazer ruir nossas duas primeiras ordens constitucionais – o movimento abolicionista durante o segundo império; movimentos sociais urbanos de trabalhadores e militares apoiados por uma incipiente classe média ao longo da República Velha. O fato é que tais movimentos sempre acabaram manipulados por segmentos dissidentes das mesmas elites dominantes.

Fossem elas derivadas de uma oligarquia fundiária reacionária ou de uma frágil e incipiente burguesia industrial. Talvez por isso o alento democrático trazido pela Constituição de 1934 – inspirada no modelo democrático de um Estado social revelado pela Constituição de Weimar – não tenha passado de uma vaga promessa, rasgada e embrulhada às pressas por ideólogos do autoritarismo. Como um tal "Chico Ciência", que segundo o anedotário, em apenas uma noite, conseguiu parir uma das filhas bastardas de nossa história constitucional, nossa tristemente lembrada "polaca". Depois dela, a esperança brilhou novamente por poucos anos. Pois à festa democrática, plena de representatividade ilustrada pela Constituinte de 1946, logo sobreveio os ecos da guerra fria, decretando a ilegalidade de partidos políticos e a cassação de parlamentares e líderes sindicais. Ao final, o colapso do populismo levou à ruptura da ordem institucional com o golpe de abril de 1964. Consolidado o seu poder pela "legitimidade das armas", trataram os militares de dar aparência de legalidade por meio dos famigerados Atos Institucionais ao Império do Terror que instituíram nos porões dos seus órgãos de repressão. E não plenamente satisfeitos com o monstrengo que chamaram de Constituição em 1967, obtido de um parlamento mutilado pelas cassações e intimidado pelas baionetas, trataram de torná-lo ainda mais atroz com a EC n. 1 de 1969 – prenunciada pelo "pai de todas as maldades", o AI-5. Com a Carta de 1967/69 a história constitucional brasileira chegou a um requinte de autoritarismo, uma espécie de coroamento de um sinistro processo de 145 anos. E a estes, teríamos que acrescentar mais duas décadas, até que a sociedade civil brasileira finalmente conseguisse dar a volta por cima, e iniciasse o desmonte do fabuloso entulho autoritário imposto ao país pela ditadura militar.

> "O regime militar revogou direitos constitucionais, civis e políticos; suprimiu ou censurou canais de representação de interesses; estabeleceu uma ditadura do Poder Executivo sobre outros poderes da República (Legislativo e Judiciário) e da Federação (Estados). Isto foi alcançado fundamentalmente através do Ato Institucional n. 5 (1968) e seus sucessores. Pela primeira vez, desde a proclamação da República (1889), as Forças Armadas, agindo como instituição, tomaram o controle direto das principais funções governamentais; houve uma parcial abolição das práticas corporativas, mediante a introdução de atores não burocráticos que obtiveram o controle no processo de decisão; houve ainda a criação de um extensivo aparato de

> inteligência para efetuar o controle ideológico. A tomada do governo pelos militares, como instituição, acrescido do fato de um general Presidente receber seu mandato das Forças Armadas, perante a qual era responsável, consolidaram a noção de uma fusão entre o militares e o poder."[284]

O colapso do regime militar se deu fundamentalmente devido às suas contradições e ambigüidades. O esgotamento do longo ciclo de financiamento farto e abundante após os dois choques do petróleo (1973/1979) esfarelou as ilusões do "milagre brasileiro". Abortou o processo de modernização de nosso parque industrial em meio a uma frenética revolução tecnológica, desencadeada pelo surgimento de novos campos de intervenção como a informática, a robótica e a biotecnologia. Em seguida, desencadeou-se a espiral irreversível de nosso endividamento externo e, jogou-se o país no beco sem saída da estagnação econômica associada a um intenso processo inflacionário ("estagflação").

Em meio a esta extraordinária crise econômica - agravada em boa parte por fatores externos - deu-se a fragmentação da base de apoio (civil e militar) do regime. A tentativa dos setores identificados com a chamada "linha dura" para reaver o controle do processo político culminou com a retomada de ações terroristas por grupos de extrema direita, pelo incremento da prática da tortura e do assassinato nos porões do regime. E, finalmente, com a tentativa de golpe de Estado patrocinada pelo general Silvio Frota em 1977. Com a vitória dos "setores moderados" representados pelo general Ernesto Geisel, deu-se a partir de 1979 o incremento do processo de abertura política (lenta e gradual), idealizada pelo general Golbery do Couto e Silva.

Todavia, tal processo acabou atropelado pela força dos acontecimentos. Em 1978, eclodiram as primeiras grandes greves de trabalhadores na região do ABC paulista, protestando contra a política salarial do regime. Tal movimento acabou atuando como uma espécie de galvanizador de inúmeros focos de resistência que vinham tentando se rearticular desde a vitória eleitoral do MDB nas eleições de 1974. Em torno dele foi se compondo uma espécie de núcleo duro da resistência democrático-popular à ditadura militar. Antigos militantes

[284] MARTINS, Luciano. (**The liberalization of authoritarian rule in Brazil**, In: Guilhermo O'Donnel & Phlippe C. Schimitter e Laurence Whitehead, Transitions from authoritarian rule: Latin America,

que haviam participado da luta armada contra o regime no final dos anos 60 e início dos anos 70; intelectuais universitários; as lideranças que emergiram com esse "novo sindicalismo"; além do grande universo representado pelas bases leigas da Igreja Católica organizada em torno das CEB's (Comunidades Eclesiais de Base), acabaram se compondo em torno da criação do Partido dos Trabalhadores (1980) e da Central Única dos Trabalhadores (1983). Tal movimento de expansão da sociedade civil foi reforçado pelo avanço de forças políticas identificadas com a oposição ao regime nas eleições para os governos estaduais em 1982. Somadas, iniciaram o movimento de massas mais arrebatador da história brasileira que, a partir de janeiro de 1984, passou a lutar por eleições diretas para Presidente da República.

E se a ditadura militar ainda teve forças suficientes para impedir a aprovação da "Emenda Dante de Oliveira", só o fez ao custo de negociar a sua retirada da cena política do país. Em torno da chamada "Nova República" armou-se mais um grande "conchavo", na velha tradição da conciliação patrimonislista, no qual o novo grupo que ascendeu ao poder político mantém e conserva a essência do regime que pretensamente deveria sepultar. No entanto, não obstante todas as manobras praticadas por setores identificados pelo conservadorismo, sobretudo, na recusa em se convocar uma efetiva Assembléia Nacional Constituinte, impondo-se à sociedade o embuste de um "Congresso Constituinte", o resultado do processo político iniciado em 1986 foi inegavelmente positivo.

O processo constituinte de 1986-1988 foi acompanhado por uma formidável mobilização das mais importantes e representativas entidades de nossa sociedade civil. Estas, pela primeira vez em nossa história político-constitucional, tiveram capacidade para intervir e atuar em um nível capaz de se equiparar em diversos temas ao poder de pressão das tradicionais minorias dominantes. A participação popular no acompanhamento dos trabalhos foi incontrastável. E o clima político que resultou da superação do regime autoritário em muito ajudou na legitimação de inúmeras demandas democrático-populares. Por isso, mesmo com a rearticulação dos segmentos conservadores ao longo do processo constituinte – com a formação de um

---

Baltimore, The John Hopkins University Press, 1986, p. 77). Apud. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 50.

bloco parlamentar supra-partidário que ficou conhecido como “centrão” -, ao final, formou-se um tênue equilíbrio entre as diversas tendências que acabou viabilizando a chamada “Constituição cidadã”.

Ou seja, a Constituição de 1988 resultou de um relativo equilíbrio de forças até então inédito ao longo da história política da sociedade brasileira. Nela pela primeira vez, setores historicamente excluídos ou marginalizados conseguiram atuar de forma contundente e autônoma, negociando com os segmentos tradicionalmente dominantes uma série de conquistas. Tanto no âmbito político – com o inegável fortalecimento das instituições democráticas -, quanto no plano sócio-econômico e cultural – com a introdução e a universalização de uma série de direitos e políticas voltadas para a satisfação de necessidades materiais e simbólicas prementes de amplos setores da sociedade.

Além de estabelecer expressamente no *caput* do art. 1º., que a República Federativa do Brasil constitui-se como Estado Democrático de Direito, no interior do qual a autorização à livre iniciativa se vê atrelada à realização dos valores sociais do trabalho. E de estabelecer como finalidade da ordem econômica a existência digna conforme os ditames da justiça social. De uma maneira geral, poderíamos apontar na própria topologia do texto constitucional, uma série de avanços históricos que, em seu conjunto, apontam claramente a configuração de um Estado Democrático Social de Direito. A começar pelo dispositivo (de inegável função hermenêutica) que introduz o preâmbulo, no qual os direitos sociais antecedem à enunciação dos direitos individuais. E, sobretudo, pelo destaque conferido à sua matriz principiológica (arts. 1º. à 4º. da CF/88), capaz de estabelecer de forma clara um conjunto de opções fundamentais acertadas pelo constituinte originário - ainda que a sua efetiva implementação possa eventualmente sofrer alguma limitação pelo princípio da “reserva do possível”. Em seguida temos o extenso rol dos direitos fundamentais que compõe o título II da Constituição Federal, previstos inicialmente ao longo do artigo 5º. e seus incisos – além daqueles decorrentes da cláusula aberta do parágrafo segundo deste artigo e de outros dispersos ao longo do texto constitucional. O extenso rol de direitos sociais enumerado inicialmente no corpo do artigo 6º., destrinchado de forma extensiva no âmbito dos direitos trabalhistas (individuais e coletivos) ao longo dos artigos 7º. à 11º.,

vê-se então completado com os direitos fundamentais ligados à nacionalidade e à participação política (artigos 12º. à 17º.). Tudo isso antecedendo aos fundamentos da organização político-administrativa do Estado e à organização dos Poderes (títulos III e IV) – rompendo com a fórmula até então tradicional de enumeração dos direitos constitucionais.

O título VII da Constituição (Ordem Econômica e Financeira) deixa patente pelos princípios que enumera nos incisos de seu artigo 170, o espírito político que marcou o processo constituinte. Este buscou articular tendências ideológicas divergentes, por meio de uma normatividade principiológica, suficientemente plástica para conter e conciliar elementos sócio-ideológicos distintos. Só assim se pôde acomodar lado-a-lado os princípios econômicos que garantem a propriedade privada e a livre concorrência, mas a submetem à sua função social, à defesa do consumidor e do meio ambiente, subordinando-a ainda à necessidade de se atingir a redução das desigualdades regionais e sociais e à busca do pleno emprego.

E por fim, temos a pormenorização dos direitos sociais já enumerados no artigo 6º. do título II, agora no âmbito do título VIII (Ordem Social), que implicou em um grau significativo de universalização de direitos sociais e culturais – mas sem esquecer-se da tutela das particularidades, do reconhecimento de identidades coletivas que, com a sua contribuição peculiar, compõe a nação brasileira.

É bom que se deixe claro que não se está aqui a defender a idéia segundo a qual a simples enunciação de um extenso rol de direitos e garantias no âmbito do texto constitucional é capaz, por si só, de alterar a substância política de um Estado de tradição autoritária e excludente como o Brasil. Os juristas não podem se descuidar dos alertas da sociologia e da ciência política – como, aliás, já observava no século passado Ferdinand Lassale, ao referir-se aos famosos “fatores reais de poder”. A efetivação de direitos reconhecidos no corpo de uma Carta Constitucional é uma tarefa penosa, sempre sujeita a ação cambiante das “correlações de força”. Sobretudo, no mundo contemporâneo, no qual o próprio poder do Estado nacional se viu subitamente esvaziado pelo turbilhão da globalização econômica e seus sucedâneos políticos e geo-extratégicos. Tal aspecto ressalta-se de forma singular no interior de nossa ordem constitucional na medida em que esta foi estruturada a partir de uma

fórmula – politicamente engenhosa – que ficou conhecida como “Constituição dirigente”. Por seu intermédio, o constituinte originário, ao apontar um conjunto de metas a ser perseguido pelo Estado (“normas diretivas”), está admitindo expressamente que a nossa sociedade não é ainda aquilo que se deseja através do acordo fundamental que ali se concluía. No entanto, não obstante todas estas observações em tributo a um certo “princípio de realidade”, não podemos também desprezar aquilo que Konrad Hesse, em texto no qual procura corrigir alguns aspectos inicialmente levantados por Lassale, chamou de “força normativa do texto constitucional”.

Não podemos deixar de notar a inefetividade, até o presente, de diversos dispositivos constitucionais, além de uma série de retrocessos pontuais introduzidos através de emendas à constituição no bojo do turbilhão neoliberal que varreu o país e o mundo após a queda do muro de Berlim. No entanto, tal ordem constitucional representou a introdução de um novo patamar civilizatório no âmbito da sociedade brasileira. Não obstante os recuos acima reconhecidos vêm demonstrando uma extraordinária capacidade de resistência e um formidável incentivo à inovação de nossas práticas políticas, no sentido de se “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Por isso também, independentemente da configuração específica assumida pela correlação de forças e interesses no interior de nossa sociedade nos últimos 18 anos, temos a convicção de que a Constituição Federal de 1988 instituiu entre nós um autêntico Estado Democrático Social de Direito.

CAPÍTULO 4º: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA O ESTABELECIMENTO DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO ÂMBITO DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.

O princípio da igualdade encontra-se recepcionado pela ordem constitucional brasileira desde a nossa primeira Constituição Imperial. Vindo ao mundo durante o apogeu da ideologia liberal-individualista, sua concepção formal de igualdade, se adaptou muito bem aqui ao lado de uma estrutura política oligárquica, com um Poder Moderador de escancarado verniz absolutista, com as distinções nobiliárquicas e, sobretudo, com a instituição escravocrata. Modernidade jurídica ao lado de conservadorismo político e social. Como já havíamos mencionado na segunda parte dessa dissertação, trata-se das ambigüidades e paradoxos da chamada "modernização conservadora", que nos persegue ao longo de nossa história como verdadeira "alma penada". Esta mesma contradição entre os supostos marcos liberais da ordem jurídico-constitucional e a situação política e econômica caracterizada pelo autoritarismo, abandono e exploração dos mais fracos continuou na seara de nossa primeira Constituição republicana, com avanços nominais nas Cartas que se seguiram (a exceção da de 1937), até serem novamente desfigurados pelos atos institucionais em 1967-69. Aliás, foi deveras ilustrativa a recapitulação feita pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Marco Mendes Farias de Mello, acerca desse paroxismo enfrentado pelo princípio da igualdade ao longo da história constitucional brasileira. [285]

[285] "As Constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre o tema da isonomia. Na Carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à eqüidade. Na época, convivíamos com a escravatura, e o escravo não era sequer considerado gente. Veio a República, e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei. Mais do que isso: expungiram-se privilégios, tendo em vista o nascimento; desconheceram-se foros de nobreza, extinguiram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Permanecemos, todavia, com uma igualdade simplesmente formal. Na Constituição de 1934, Constituição popular, dispôs-se também que todos seriam iguais perante a lei e que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. Essa Carta teve uma tênue virtude, revelando-nos o outro lado da questão. É que a proibição relativa à discriminação mostrou-se ainda simplesmente simbólica. O discurso oficial, à luz da Carta de 1934, foi único, e ingênuo, asseverando-se que, no território brasileiro, inexistia a discriminação. Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei. Nota-se até aqui um hiato entre o direito - proclamado com envergadura maior, porquanto fixado na Constituição Federal - e a realidade dos fatos. Sob a égide da Carta de 1937, veio à balha a Consolidação das Leis do Trabalho, mediante a qual se vedou a diferenciação, no tocante ao

rendimento do prestador de serviços, com base no sexo, nacionalidade ou idade. Essa vedação, porém, não pareceu suficiente para corrigir desigualdades. Na prática, como ocorre até os dias de hoje, o homem continuou a perceber remuneração superior à da mulher. Vigente a Constituição de 1937, promulgou-se o Código Penal de 1940, que entrou em vigor em 1942. Perdeu-se, à época de tal promulgação, a oportunidade de se glosar de maneira mais eficaz a discriminação. Foi tímido o nosso legislador, porque apenas dispôs sobre os crimes contra a honra e aqueles praticados contra o sentimento religioso. Já na progressista Constituição de 1946, reafirmou-se o princípio da igualdade, rechaçando-se a propaganda de preconceitos de raça ou classe. Introduziu-se, assim, no cenário jurídico, por uma via indireta, a lei do silêncio, inviabilizando-se, de uma forma mais clara, mais incisiva, mais perceptível, o trato do preconceito. Sob a proteção dessa Carta, deu-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948. Proclamou-se em bom som, em bom vernáculo, que: todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia-a-dia da vida em sociedade. No Brasil, a primeira lei penal sobre a discriminação surgiu em 1951, graças ao trabalho desenvolvido por dois grandes homens públicos: Afonso Arinos e Gilberto Freire. Só então se reconheceu a existência, no País, da discriminação. E é sintomática a justificativa dessa lei, na qual se apontou, como a revelar o racismo, o que vinha acontecendo em carreiras civis, como a da diplomacia, e em carreiras militares, especialmente a Marinha e a Aeronáutica. Ressaltou-se que o exemplo deve vir de cima, que cumpre ao Estado adotar uma postura que sirva de norte, que sinalize ao cidadão comum. E o Judiciário, como atuou diante desse diploma que enquadrava, não como crime, mas como contravenção penal, a discriminação, considerada a raça ou a cor? O Judiciário mostrou-se excessivamente escrupuloso e construiu uma jurisprudência segundo a qual era necessária a prova, pelo ofendido, do especial motivo de agir da parte contrária. Resultado prático: pouquíssimas condenações, sob o ângulo da simples contravenção, ocorreram. Daí a crítica de Afonso Arinos, falando à "Folha de São Paulo", em 8 de junho de 1980 "... a lei funciona, vamos dizer, à brasileira, através de uma conotação mais do tipo sociológico do que, a rigor, jurídico...". Outras leis foram editadas: em 1956, sobre o genocídio; em 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações, sobre aradiodifusão; e, em 1964, o Brasil veio a subscrever a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, que teve a virtude de definir, em si, o que se entende como discriminação: Toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão. Na Constituição Federal de 1967, não se inovou; permaneceu-se na vala da igualização simplesmente formal, dispondo-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Previu-se, no entanto, que o preconceito de raça seria punido pela lei e, nesse ponto, talvez, tenha-se dado um passo a mais ao emprestar-se estatura maior - constitucionalizando-se, portanto - à punição do preconceito. O arcabouço normativo ordinário, não obstante, fez-se insuficiente ao fim visado. Na época, a visão distorcida que predominava, a escancarar nefasto e condenável preconceito, era de que pretos e pardos têm propensão para o crime. Sentenciava-se sem perquirir as causas da delinqüência. Em 1967, com a Lei da Imprensa, proibiu-se a difusão de preconceitos de raça ou classe e introduziu-se a capitulação do preconceito, da discriminação, como um crime, não mais simples contravenção penal. A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, dispôs: "Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais" - e adentramos aquio campo das ações afirmativas, da efetividade maior da não-discriminação. Tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades - no sentido amplo - fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência" - e, hoje, ainda estamos muito longe disso -, "à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos." O artigo quarto dessa convenção versa sobre medidas especiais, de caráter temporário, destinadas a acelerar a igualdade entre o homem e a mulher, mulher que hoje forma o grande número, a maioria de nossa população. Na Constituição de 1969 - a Emenda nº 1, de 1969, verdadeira Constituição -, repetiu-se o texto da Carta imediatamente anterior, proclamando-se, de forma pedagógica - e esse trecho encerra a principiologia -, que não seria tolerada a discriminação. Esse foi o quadro notado pelos constituintes de 1988, a evidenciar, como eu disse, uma igualização simplesmente formal, uma igualdade que fugia aos parâmetros necessários à correção de rumos. Na Constituição de 1988 - dita, por Ulysses Guimarães, como cidadã, mas que até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela ausência de vontade política de implementá-la." FARIAS MELLO, Marco Aurélio

Como foi dito no tópico anterior, a CF/88 resultou de um grande acerto entre os diversos grupos de interesse que compõe (contraditoriamente) a sociedade brasileira. Reconheceu-se o pluralismo como um valor supremo a ser preservado por esta sociedade - agora organizada nos termos de um Estado Democrático Social de Direito. E enquanto tal, irresigna-se contra qualquer forma de desigualdade. Isto quer dizer que a CF/88 superou a concepção puramente formal do princípio da igualdade (antijuridicidade de um ato discriminador), bem como, sua recepção estática na ordem constitucional como se dera desde a Constituição de 1824 - na qual este princípio se acomodou confortavelmente ao lado da instituição escravocrata. Agora, de forma explícita e literal, adotou-se o seu sentido material e "dinâmico" - como prefere a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha:

> "Não foi, pois, sem razão ou causa que o constituinte pátrio de 87/88 fez emergir, com peculiar força jurídica, no sistema constitucional por ele promulgado, o princípio da igualdade como um dos pilares mestres do edifício fundamental do Direito Positivo Pátrio. Mas não apenas ali se reiterou o princípio da igualdade jurídica, senão que se refez o seu paradigma, o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores, tomou novas formas, construiu-se, constitucionalmente, de modo inédito. A passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patenteado em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa esta inserida no princípio da igualdade jurídica concebido pela Lei Fundamental do Brasil, conforme se pode comprovar de seu exame mais singelo".[286]

Ademais, como já havíamos nos reportado no início dessa terceira parte de nossa dissertação, tal tratamento já havia se inserido em nossa ordem jurídica por força da incorporação dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, anteriores à Constituição de 1988. Agora reforçados tanto pela sua adequação aos princípios que essa ordem constitucional adotou no que tange à tutela da igualdade, quanto pela expressa disposição do inciso II, do art. 4º., que estabelece a prevalência dos direitos humanos como elemento regente

---

Mendes. **Ótica Constitucional – a igualdade e as ações afirmativas**. In As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. SILVA MARTINS, Ives Gandra. (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 37-38-39.

[286] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes**. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Editora Senado Federal, 1996, julho/setembro, p. 91.

das relações internacionais da República Federativa do Brasil. Neste sentido, os dispositivos referentes à autorização para a promoção de ações afirmativas previstas em convenções internacionais tais como as que combatem o racismo e a discriminação da mulher já forneceriam conteúdo jurídico-normativo suficiente para a adoção de tais políticas. No entanto, a disposição de nossa ordem constitucional para agasalhar políticas fundadas em discriminação positiva possui elementos ainda mais contundentes e esclarecedores - inclusive das razões históricas e políticas de sua opção.

> "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., *caput*, 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 malquisto. 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.[287]

[287] SILVA, Alexandre Vitorino. **O Desafio das Ações Afirmativas no Direito Brasileiro**. <http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=3479/ p. 9>. Acesso em: 12 jan. 2007.

4.1 - *Reflexividade constitucional: o que pode significar uma "Constituição analítica"*

Uma das críticas mais bem elaboradas endereçadas contra as Constituições de tipo dirigente é a de que elas, por criarem uma série de limitações e vinculações ao exercício dos poderes estatais, reduzem o espaço para a criatividade política, para a competição entre os partidos, limitando o horizonte de perspectivas aos problemas e enfoques restritos ao "momento constituinte". Mais ainda, ao impor a constitucionalização de políticas públicas, leva o Estado a perder o foco diante de novas dinâmicas inexistentes ou ainda pouco delineadas quando do momento constituinte. Nestes termos, não consegue oferecer respostas apropriadas a estes novos processos. Noutras vezes, opõe-lhes resistência sem lhe compreender plenamente. Cegos às suas virtuosidades, mostram-se (os que se entrincheiram por detrás da Constituição) incapazes de transformar problemas em oportunidades para o conjunto da sociedade nacional. Em suma, as Constituições de tipo dirigente conduziriam as suas sociedades a um "*deficit* de reflexividade", que por decorrência da excessiva rigidez de sua estrutura normativa provocaria uma limitação no sistema fontes do ordenamento jurídico.

> "A constituição dirigente é perturbada pela crise de reflexividade. Através desta idéia pretende-se, no fundo, significar a impossibilidade de o sistema regulativo central gerar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas do ou constituídas no sistema social. Esta crise de reflexividade reflete-se, desde logo, sobre o centro político e sobre o sistema de fontes do ordenamento jurídico. As conhecidas fontes do direito – a começar pela constituição – revelam-se funcionalmente desadequadas para servirem de impulso e constituem as bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada."[288]

O *deficit* de reflexividade conduziria o sistema normativo – nele incluído todas as instituições e agentes envolvidos com o processo de administração da justiça – a um encastelamento meio "platônico", no qual os seus comandos –

[288] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente**. In "Brancosos" e Interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 217.

normas jurídicas e decisões judiciais – se deslocariam da realidade do mundo, ao mesmo tempo em que a ela se tornam impermeáveis.

De fato, os processos de transformação tecnológica e geopolítica que se estabeleceram nos últimos anos geraram uma profunda confusão, perda de referência, uma ausência preocupante de projetos, impondo-se a todos os Estados e governos uma torturante administração do dia-dia. Um mesmo "arroz-com-feijão". Realmente o universo da ação política tem se resumido a um mero articulado de reações à dinâmica dos fatos. Sem dúvida a política se encontra na defensiva, mas isto não acontece apenas com as sociedades organizadas em torno de Constituições dirigentes. Afinal de contas, qual Estado nacional ou Comunidade Estatal possui hoje uma clara iniciativa política diante das grandes questões colocadas pela globalização e pela revolução tecnológica? No entanto, a nossa Constituição dirigente, por mais atacada que tenha sido durante o *frenesi* neoliberal que assolou o continente nos anos 90, e por mais violentas que tenham sido as crises políticas e sociais que assistiu nesses últimos 18 anos, forneceu os elementos jurídico-normativos necessários para sobrevivermos ao temporal.

De forma inédita em nossa história constitucional, inúmeras foram às instituições que saíram de crises profundas, que em outros tempos teriam conduzido à ruína da ordem jurídica, fortalecidas. E se essa ordem constitucional não se mostrou adequada para gerar um crescimento econômico "de tipo chinês", ela já foi capaz de produzir o mais significativo movimento de redução de desigualdades de toda a história brasileira. A começar pela universalização do sistema de seguridade social, absorvendo sob a sua malha protetora, mesmo aqueles cidadãos que, a exemplo dos trabalhadores rurais, não contribuíram com o custeio do sistema. E se é verdade que nossa Constituição impôs ao país um ritmo mais lento de crescimento, por outro lado, também o é que ela propiciou um crescimento de muito melhor qualidade.

E este é verdadeiramente o ponto que nos permite desmascarar o mito do *déficit* de reflexividade – ou ao menos a sua atribuição específica a uma determinada concepção constitucional. A Constituição de 1988, devido à sua estrutura normativa de recorte principiológico propiciou, inicialmente, um amplo e aprofundado processo de reflexão para a sociedade brasileira, através de suas instituições situadas em todos os planos (público e privado), com o seu

próprio passado. E o fez como pré-condição para a construção do seu futuro. É isso que sobressai da leitura do artigo 3º., e seus incisos, do dispositivo por meio do qual o Constituinte estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. E como já dissemos ao longo desse trabalho, todos os comandos ali enumerados, toda a teia normativo-principiológica que ele articula esta orientada por um vetor, um axioma elementar, um "preceito fundamental" – a redução das desigualdades e a promoção das diferenças.

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

E o caráter reflexivo propiciado pela estrutura normativa principiológica de nossa Constituição é também o que faz dela uma Constituição "analítica". E aqui gostaríamos de ir além da concepção tradicional de Constituição analítica, que a toma como o oposto de uma Constituição "sintética". Tal concepção costuma definir a ambas em função de sua extensão, do grau de detalhamento de suas normas, de sua perenidade. As sintéticas seriam breves, curtas, constituídas por princípios elementares de grande elasticidade, moldáveis às circunstâncias, e por isso, seriam perenes, duradouras. As analíticas, ao contrário, seriam longas, prolixas e se perderiam em detalhes geradores de engessamento político e perplexidade jurídica. Estariam, portanto, por excesso de regulação, destinadas a asfixiar a sociedade em razão da pauta de demandas excessivamente extensa que incorpora - daí porque seriam breves, destinadas a serem substituídas por outras, dada a sua inaplicabilidade. De uma maneira geral se toma a Constituição norte-americana como protótipo de Constituição sintética, e a brasileira faria o mesmo em relação à Constituição analítica.

Não é assim que entendemos. Em primeiro lugar uma Constituição como a norte-americana, não se fez sintética em função de uma dada concepção jurídico-política previamente elaborada. Mas como único meio encontrado na época para se persuadir os Estados que correspondiam às ex-colônias, acostumados mesmo sob o pacto colonial a gozarem de grande autonomia, a aceitar o Estado Federal. Daí porque uma distribuição de competências com poderes enumerados para a União e os poderes remanescentes para os Estados. A forte autonomia conferida aos Estados-membros no âmbito do pacto federativo torna difícil o processo de emenda constitucional e obrigam as mudanças necessárias a buscarem o abrigo da Suprema Corte, encarregada de adaptar a Constituição à realidade dos fatos. Quanto à Constituição brasileira, após sucessivas frustrações provocadas pela "síndrome de inefetividade", do esvaziamento do grande pacto político pelo amesquinhamento do Poder Legislativo, da tendência à hipertrofia do Executivo e à cúmplice passividade do Judiciário, buscou no âmbito de uma normatividade vinculativa uma saída capaz de transformar o pacto constitucional em vontade institucionalizada.

Mas o fez sem recorrer a uma estrutura normativa hermética, como o seria caso predominasse de forma desequilibrada no texto constitucional regras normativas de tipo preceptivo, subsuntivas. Mas não é o que acontece dado o sofisticado equilíbrio produzido por um sistema constitucional composto simultaneamente por regras e princípios. E é exatamente esta estrutura principiológica presente tanto em um texto curto como o norte-americano, como em um texto mais longo como o brasileiro e o português que atribui a todos eles um elevado potencial reflexivo. Um estuário no qual as instituições podem recorrer permanentemente, por meio de acurados procedimentos hermenêuticos, em busca de inspiração e sentido para o enfrentamento de seus conflitos e desafios.

> "Insistimos, pois, no fundamento: a nação, tanto quanto o próprio Deus, ou existe, ou não existe. Se ela existe, possui legitimidade política e senso histórico de oportunidade para dar forma jurídica ao próprio futuro. Até porque, sendo uma nação, consegue atingir um nível tão aceso de autoconsciência a ponto de desembaraçar toda névoa que prejudique o límpido visual da futuridade. Este é o seu modo especial e único de ser, razão da

> autonomia conceitual de que desfruta. É justamente o visceral compromisso com o porvir que faz a nação tornar a sua obra legislativa um verdadeiro processo. Mais que um simples produto inelástico ou de formas acabadas em todas as suas partes, a Constituição é fórmula normativa consubstanciadora de princípios que potencializam abertura das janelas do Direito para o lado onde sopram os ventos da atualização de suas idéias centrais, sem maior necessidade de alteração formal dos seus dispositivos."[289]

O que a Constituição de 1988 procurou fazer, indo além de todas as anteriores, foi efetivar a transformação da "sociedade" em "nação". Uma sociedade pode convier com assimetrias profundas, afinal de contas ela é pouco mais do que uma realidade de fato, um dado estatístico. O grau de solidariedade necessário para a sua manutenção é relativo, podendo ser integrada por outros mecanismos – da cooptação às diversas modalidades de repressão. Mas uma simples "sociedade" não prospera, cria, inova, se faz reconhecer perante a comunidade internacional. No contexto histórico que hoje vivemos a nação só pode se constituir se estiver estruturada por uma ordem jurídica a partir da qual se obtém direitos, por ela protegidos e garantidos. Distribuídos de forma eqüitativa, de modo a diminuir-se progressivamente as assimetrias.

Exatamente por ter nascido ali, com a Constituição promulgada em outubro de 1988, um verdadeiro Estado Democrático Social de Direito, foi que pudemos através deste "novo contrato social", iniciar a construção de novos parâmetros de sociabilidade.

Para tal, se fez necessário um reconhecimento explícito do que "desejamos ser" e "ainda não somos". Rompeu-se com a tradição bacharelesca do faz-de-conta, com a idéia de que o papel *per si* muda a realidade. Mas deixou-se registrado o compromisso de todas as forças vivas da nação com a constatação de que historicamente constituímos uma sociedade profundamente desigual e discriminadora e, que a partir daquele momento, se auto-impunha o dever de lutar para a alteração deste quadro de profundas injustiças.

É neste contexto que se deve entender o verdadeiro sentido dado entre nós para a idéia de uma "constituição dirigente", que mais do que impor um

---

[289] AYRES BRITTO, Carlos. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 71.

programa a ser perseguido pelos poderes do Estado, estabelece os fundamentos políticos (expressos com clareza no preâmbulo da Carta Constitucional) e jurídicos (previstos em seu art. 3º. e incisos) para se atingir o seu desiderato. Ou seja, admitiu-se, dado o seu elevado potencial de reflexividade, em razão de sua estrutura normativa analítica, que não somos ainda, por nunca termos sido, uma sociedade justa, fraterna, solidária, igualitária, e despida de preconceitos. É o Estado Democrático Social de Direito fundado em outubro de 1988 que deve criar as condições para que venhamos a sê-la o mais rápido possível.

> "A Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta uma momento novo no constitucionalismo pátrio: a idéia de que não se tem democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los. Em texto sobre a constituição relatava o Presidente do Congresso Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, que 'a Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade'... Já então se vê, que, pela positivação da ordem constitucional de 1988, reestruturando o Estado brasileiro e reorganizando a República Federativa, não apenas se pretendeu proibir o que se tem assentado em termos de desigualdades de toda ordem havidos na sociedade, mas que se pretende instituir, vale dizer, criar ou recriar as instituições segundo o modelo democrático, para assegurar, dentre outros, o direito à igualdade, tida não apenas como regra, ou mesmo como princípio, mas como valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido. O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º. III, da Constituição da República)".[290]

Neste sentido, temos que reconhecer que o Constituinte de 1987/88 foi de um realismo a toda prova. Como afirmamos a pouco, trata-se de uma Constituição que tanto pelo seu preâmbulo, quanto pelos dispositivos de seu artigo 3º., promoveu uma verdadeira autocrítica histórica. Como que a insinuar o reconhecimento daquilo que Paulo Bonavides a muito vêm caracterizando, não como crise constitucional, mas como crise do próprio poder constituinte. Dessa vez, não obstante tenhamos observado ao longo do processo

constituinte a mesma tensão entre o que Bonavides[291] denomina por "poder constituinte de direito" e "poder constituinte de fato", chegou-se a um texto constitucional dotado de uma estrutura normativa mais adequada à sua concretização. Aliada a uma intervenção mais incisiva da sociedade civil, poderá efetivamente guiar a nossa sociedade a novos parâmetros de convivência civilizatória, concedendo-lhe força normativa suficiente para realizar a maior parte dos seus desígnios.

4.2 - *O novo significado, conteúdo e alcance do princípio da igualdade no contexto da Constituição de 1988*

A professora Carmem Lúcia Antunes Rocha nos chama a atenção para o fato de que todos os verbos utilizados na enunciação normativa dos diversos incisos presentes no art. 3º. da CF/88 – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação. Designam, portanto, um comportamento ativo, como não poderia deixar de ser na medida em que fixam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Estes, como se vê, encontram na busca efetiva da igualdade o seu eixo unificador. Tal dispositivo constitucional impõe, portanto, verdadeiras obrigações, que devem ser perseguidas na perspectiva de se transformar o quadro social e político ali retratado pelo Constituinte originário. Percebe-se então que a Constituição determinou uma mudança do que se têm em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais, para se valorizar e realizar efetivamente o Estado Democrático Social de Direito que ela instituiu. E é neste ponto que a cara professora mineira indaga: "como mudar, então, tudo o que se tem e se sedimentou na história política, social e econômica nacional"? A resposta é bastante esclarecedora:

> "Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição Brasileira garante, como direito fundamental

---

[290] Op. Cit., p. 91.
[291] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 384-388.

> de todos. O art. 3º. traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declarara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispondo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa. Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos. Não é solidária porque fundada em preconceitos de toda a sorte. O art. 3º. traz também uma afirmação: a de que, conquanto retratada a inexistência de uma autêntica República Democrática, o Direito organizou um modelo de Estado que se põe exatamente para realizá-la".[292]

Por isso é importante termos claro que estamos do ponto de vista jurídico-formal, diante de uma verdadeira ruptura na forma de se prescrever, no âmbito constitucional, o significado, conteúdo e alcance do princípio da igualdade. Aliás, diríamos até mais: a estrutura normativa adotada pela CF/88 vai além da concepção bi-dimensional da norma jurídica proposta dentre outros por Dworkin,[293] na qual a norma ("gênero") é concebida nas dimensões ("espécie") de "princípio" e "regra", para avançarmos para uma conceituação ainda mais sofisticada, próxima das elaborações formuladas por Alexy,[294] e que poderíamos denominar por tri-dimensional - na qual além de regras e princípios, desdobraria-se a norma jurídica também em "valores". Neste sentido, o "valor" ou "preceito fundamental"[295] da igualdade estaria presente de forma difusa em diversas partes de texto constitucional – mas de forma especial no âmbito do art. 3º. e seus incisos, como objetivo de toda a ordem jurídica constitucional. Já o "princípio" igualdade, estaria previsto explicitamente no *caput* do art. 5º., materializando-se historicamente através da idéia de "isonomia". Quanto à "regra igualdade", estaria disposta em diversas partes do texto constitucional em que este impõe comandos específicos para a realização do valor igualdade em harmonia com as balizas inerentes ao princípio da isonomia.[296] Temos como exemplo, os dispositivo nos artigos 7º., XX, e no 37,

---

[292] Op. Cit., p. 92.
[293] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
[294] ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2001.
[295] RAMOS TAVARES, André. **Tratado de Argüição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.
[296] Mais adiante, iremos expor nossa concepção pessoal acerca da teoria da norma constitucional. Seguindo neste ponto alguns passos trilhados por André Ramos Tavares, que associou o conceito de "preceito fundamental decorrente da Constituição" a valores ou axiomas por ela encampados explícita ou

VIII, que determinam a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos e; que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão – respectivamente. Trata-se de exemplos explícitos e irrecusáveis de ação afirmativa estabelecidos no corpo do próprio texto constitucional, dentre outros, como veremos a seguir. Por isto fica clara a intenção do constituinte de 88 em adotar uma concepção normativa forte, material, substancial e dinâmica de igualdade, distinguindo a idéia aqui materializada, daquela que havia sido disposta pelos constituintes no corpo das constituições pretéritas.

> "Verifica-se, então, que não se repetiu apenas o mesmo modelo principiológico que adotaram constituintes anteriormente atuantes no país. Aqui se determina agora uma ação afirmativa: aquela pela qual se promova o bem de todos, sem preconceitos (de) quaisquer... formas de discriminação. Significa que universaliza-se a igualdade e promove-se a igualação: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa, é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República. Se fosse apenas para se manter o que se tem, sem figurar o passado ou atentar à história, teria sido suficiente, mais ainda, teria sido necessário, tecnicamente, que apenas se estabelecesse ser objetivo manter a igualdade sem preconceitos, etc. Não foi o que pretendeu a Constituição de 1988. Por ela se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária. Com promoção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político é que se movimenta no sentido de se recuperar o que de equivocado antes se fez. O significado maior do art. 3º. da Lei Fundamental da República é, pois, a demonstração de uma mudança essencial do constitucionalismo brasileiro, de uma proposta de sociedade diferente da que percebeu o constituinte de 87/88 e que não lhes pareceu livre, justa, fraterna e solidária."[297]

A professora Carmem Lúcia nos chama ainda a atenção para a mudança ocorrida na concepção do princípio da igualdade jurídica ("isonomia")

---

implicitamente, proporemos uma nova tipologia. Nesta mantêm-se a estrutura bi-dimencional proposta por Dworkin (norma como gênero, tendo princípios e regras como suas espécies). No entanto, propomos que o conceito de princípio constitucional, sob a perspectiva jurídico-normativa (e não jurídico-política como na tipologia proposta por Canotilho), seja subdividida em "preceitos fundamentais" (dimensão axiológico-valorativa) e, "postulados normativos de aplicação" (normas predispostas para a interpretação/aplicação de outras normas).

[297] Op. Cit., p. 93.

pela forma como foi positivado no âmbito do art. 5º. da CF/88. Segundo a autora, alterando-se a formulação (sua topologia, mais especificamente) que tradicionalmente se fizera nas constituições brasileiras nas quais o princípio da igualdade jurídica vinha sempre entre os incisos ou parágrafos do artigo que cuidava dos direitos fundamentais reconhecidos e assegurados,[298] a CF/88, inicia o articulado sobre direitos e garantias fundamentais exatamente com a referência expressa ao princípio da igualdade jurídica, que se repete no texto do mesmo dispositivo logo em seguida.[299] Ainda segundo a supra referida professora, a topografia do princípio, alterada em seu tratamento constitucional tradicional, estaria a demonstrar o cuidado com a igualdade na estruturação do sistema fundamental inaugurado pela CF/88. Aliás, como já deixamos patente, em nossa opinião é exatamente esta relevância constitucionalmente positivada um dos elementos fundamentais que deixa expressa a opção do constituinte por um efetivo Estado Democrático Social de Direito. Relevância que, aliás, em sua dimensão anti-discriminatória foi ressaltada ao se desdobrar e densificar o princípio fixado no *caput* no bojo de seus incisos XLI[300] e XLII.[301]

Enfim, todas essas peculiaridades ratificam de maneira insofismável, uma transformação histórica e conceitual no âmbito do constitucionalismo brasileiro com relação ao princípio da igualdade. Demarcou-se a sua transição de uma concepção meramente formal ou estática, para uma outra material e dinâmica. Consciente acerca do passado histórico marcado pela desigualdade estrutural no oferecimento das oportunidades ao conjunto dos cidadãos brasileiros, deu mostras o Constituinte de sua disposição para corrigir tais injustiças a partir de intervenções positivas no âmbito da realidade social segundo os parâmetros fixados pelo próprio direito.

---

[298] Segundo exposto pela professora, teríamos tal assertiva nos seguintes trechos de nossas Constituições pretéritas: art. 179, incs. 13, 14, 16, dentre outros, da Carta Imperial de 25 de março de 1824; art. 72, # 2º., da Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891; art. 113, inc. 1, da Constituição de 16 de julho de 1934; art. 122, inc. 1º. da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937; art. 141, # 1º. da Constituição de 18 de setembro de 1946; art. 150, # 1º. da Carta de 24 de janeiro de 1967; art. 153, # 1º. da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Editora Senado Federal, 1996, julho/setembro, p. 93.

[299] Art. 5º. – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

[300] XLI – A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

4.3 - *As normas instituidoras de Ações Afirmativas como direito fundamental*

Neste tópico, gostaríamos de afirmar a inequívoca natureza jurídica de direito fundamental que alicerçam as chamadas ações afirmativas. Tal interpretação resulta, por óbvio, do fato destas serem na verdade um mero desdobramento ou densificação do "valor" igualdade, que lastreia todo o art. 3º. da CF/88 no qual se estabelecem os objetivos da República Federativa do Brasil. Estes objetivos imantam todo o texto constitucional conferindo ao "tema igualdade" indiscutível hierarquia hermenêutica e, sobretudo, confere imperatividade ao princípio da igualdade jurídica formal, expressamente positivado no *caput* do art. 5º. da CF/88, por seu desdobramento em seus incisos XLI e XLII. Por isto, as ações afirmativas enquanto densificação institucional do princípio da igualdade constituem cláusula pétrea (art. 60, # 4º., IV), não podendo enquanto tais, serem sequer objeto de deliberação, proposta de emenda constitucional tendente a aboli-las. Diferentemente das "regras" jurídicas veiculadoras de ações afirmativas, mesmo aquelas inseridas no corpo da constituição, que uma vez exaurido os seus objetivos ao longo de um determinado lapso histórico, perdem a sua justificativa, podendo e devendo ser modificadas ou abolidas.

Outro aspecto importante que mereceria ser tratado com mais vagar em outro estudo, diz respeito especificamente à possibilidade de colisão de direitos entre normas veiculadoras de ações afirmativas e outras normas constitucionais de natureza eminentemente individuais. Neste caso, deve-se recorrer inicialmente a mecanismos hermenêuticos específicos já fartamente discutidos pela doutrina como, por exemplo, os postulados normativos de aplicação da concordância prática, da máxima efetividade, da unidade e do efeito integrador. Estes, de uma maneira geral advogam a ponderação dos bens em conflito e a produção de soluções normativas que preservem a natureza sistêmica da Constituição. No entanto, acreditamos que os direitos tutelados através de ações afirmativas, devido à sua natureza histórico-coletiva, devem gozar de alguma prevalência. É óbvio que, no caso de colisão

[301] XLII – A prática do racismo, constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

de direitos fundamentais a solução deverá necessariamente ser sempre casuística, pautada pelo caso concreto, suas circunstâncias e especificidades.

> "A ação afirmativa traduz também o verdadeiro primado do interesse histórico e integral da sociedade sobre o interesse momentâneo e singular do indivíduo. Sem deixar o direito desse ao desabrigo – tanto que apenas um percentual é fixado para a definição de minorias, deixando-se ao talento pessoal as disputas gerais dos cargos, empregos, oportunidades gerais para obtenção de condições necessárias para cada qual segundo a sua vocação à competição e coordenação de todos -, a ação afirmativa reconstrói o tecido social introduzindo propostas novas à convivência política, nas quais se descobrem novos caminhos para se igualar, na verdade do direito e não apenas na palavra da lei, o que o preconceito de ontem desigualou sem causa humana digna."[302]

Tecidas estas considerações, esperamos ter deixado patente o fato de, no plano exclusivo da dogmática constitucional, ter o Constituinte originário erigido com a CF/88 um efetivo Estado Democrático Social de Direito, cujos fundamentos normativos determinantes, residem exatamente em uma recepção ativa, dinâmica e material do princípio da igualdade. A ele foi conferida a missão de corrigir assimetrias de toda sorte que se reproduzem a séculos no interior da sociedade brasileira. Correção que jamais poderia advir de uma simples petição de princípios, de uma pauta programática destinada apenas a "inspirar" o legislador infraconstitucional. Não. O que a Constituição estabeleceu foi um conjunto de normas jurídicas destinadas a vincular, sobretudo, o legislador, e a obrigá-lo a intervir e corrigir uma realidade histórico-social, política, econômica e cultural marcada pela injustiça. A CF/88, ao instituir um novo contrato social destinado a apaziguar a sociedade após mais de duas décadas de arbítrio se viu, pela primeira vez em nossa história, em condições de reconhecer explicitamente que não havíamos sido capazes até então de construir uma sociedade livre, pluralista, justa e igualitária. Mas teve a capacidade para, a partir de um consenso mínimo, fornecer os elementos normativos imprescindíveis para que possamos, finalmente, atingir em nosso meio um novo patamar de convivência, que possa sem nenhum

[302] Op. Cit., p. 99.

desassombro, ser também considerado um novo plano de sociabilidade, um verdadeiro salto civilizatório.

> "A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados".[303]

E por último, gostaríamos de lembrar que para setores expressivos da doutrina, em âmbito internacional, um dos mais importantes atributos dos chamados direitos fundamentais seria exatamente aquilo que Canotilho chamou de "função de não discriminação". Partindo-se inicialmente das contribuições oferecidas pela jurisprudência e pela doutrina norte-americana, tal postulado foi rapidamente assimilado pelo moderno pensamento constitucional europeu – sobretudo a partir da reflexão pioneira da doutrina alemã. Nesta perspectiva, a função de não discriminação teria ampla aplicação a partir do edifício constitucional, abarcando todos os direitos nele inseridos. Ou seja, dos direitos, liberdades e garantias individuais, passando pelos direitos de participação política e na administração pública até os direitos vinculados ao trabalho e às prestações positivas. E dado que discriminações instituídas por razões específicas, ligadas à trajetória histórica de certas coletividades expostas ao estigma e/ou a situações de vulnerabilidade, não podem ser corrigidas por meio de políticas universalistas, admite-se e reivindica-se o incremento de políticas públicas dirigidas para esses grupos. É o contexto no interior do qual se admite, inclusive o recurso às cotas

[303] Op. Cit., p. 99.

reservadas para certas coletividades, e a promoção das ações afirmativas em sentido amplo. Tal compreensão seria a única capaz de propiciar elementos capazes de promover a integração de grupos marginais em uma sociedade global que se torna amplamente multicultural. Ademais, na ontologia dos direitos fundamentais, repousa a recusa a todas as formas de intolerância cuja seiva, podemos observar historicamente, sempre repousou na exploração oportunista das desigualdades, que cabe à ordem constitucional deter e reduzir.

> "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 os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se de igual modo, aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação). É com base nesta função de não discriminação que se discute o problema das quotas (ex: parlamento paritário de homens e mulheres) e o problema das *afirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex: quotas de deficientes). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos, numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (direitos dos homossexuais, direitos das mães solteiras, direitos das pessoas portadoras de HIV)."[304]

4.4 - *Normas jurídico-constitucionais instituidoras de ações afirmativas*

Uma vez fixados os princípios gerais que garantem a constitucionalidade de intervenções administrativas, legislativas e judiciais com vistas à promoção de uma igualdade substancial perante grupos vulneráveis, passaremos agora a

[304] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407-408.

discutir brevemente aqueles comandos que não se contentando em permitir, impõe de forma taxativa ao Estado (princípio da legalidade) e à sociedade (princípio da solidariedade) a realização de certas ações afirmativas.

Como já havíamos mencionado a pouco, o primeiro destes dispositivos dignos de nota, é aquele previsto no art. 37, VIII da CF/88.[305] Trata-se de dispositivo normativo-constitucional voltado para a salvaguarda dos cidadãos portadores de deficiência física.

> "O que vem a ser tal determinação normativa senão o que a prática e a jurisprudência norte-americanas denominaram por ação afirmativa? (...) O que se tem pela regra do art. 37, inc. VIII, da Constituição da República, é a expressão ou revelação do que se contém no princípio da igualdade jurídica, segundo a concepção dinâmica e positiva do constitucionalismo contemporâneo: cota ou percentual de cargos ou empregos públicos reservados a uma categoria desigualada historicamente por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desigualando, agora, positiva, afirmativamente."[306]

Ora, é desnecessário gastar-se muita tinta e papel para comprovar-se a estigmatização a que são submetidas às pessoas portadoras de deficiência física, em geral, em qualquer sociedade – e em especial, em uma sociedade economicamente periférica como a brasileira. Geralmente taxados como improdutivos, são comumente preteridos mesmo diante de tarefas para as quais sua deficiência em nada afetaria o seu desempenho. De nada serve sua determinação e força de vontade, sua habilidade e destreza no desenvolvimento de outros sentidos para a compensação daquilo que eventualmente lhe falta. E o que é pior, muitas vezes, a preterição se faz ainda sob a justificativa de que se protege o deficiente de uma suposta violência a que estaria exposto diante do escárnio e do desprezo público. Ignorou-se por muito que, em uma sociedade como a nossa, a sujeição a um estado de deficiência física parcial é algo há que todos estão sujeitos. Senão por razões congênitas, devido à própria natureza do risco a que uma vida em uma sociedade como a contemporânea impõe – desde a violência no trânsito, a

---

[305] Art. 37. (...) VIII – A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

[306] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Editora Senado Federal, 1996, julho/setembro, p. 94-95.

criminalidade, os riscos de uma alimentação fortemente industrializada, os desastres ambientais, erros em procedimentos médicos, etc. Mas ainda assim, práticas discriminatórias e marginalizadoras em relação a portadores de deficiência sempre foram (e continuam a ser) uma rotina. Neste sentido, ancorados não apenas nos pressupostos fornecidos pelo princípio da igualdade, mas também no da solidariedade, houve por bem o constituinte de 1988 fixar de forma expressa a obrigação estatal de romper com este ciclo, dando ele próprio o exemplo que deveria ser seguido por toda a sociedade. Ressalte-se ainda que o dispositivo em apreço optou por uma das mais incisivas formas de se promover ações afirmativas, a reserva de um percentual ou cota.[307]

> "Com efeito, a Constituição Brasileira, em seu artigo 37, VIII, prevê expressamente a reservas de vagas para deficientes físicos na administração pública. Neste caso, a permissão constitucional para adoção de ações afirmativas em relação aos portadores de deficiência física é expressa. Daí a iniciativa do legislador ordinário, materializada nas leis 7.835/89 e 8.112/90, que regulamentaram o mencionado dispositivo constitucional. De fato, a Lei 8112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União) estabelece em seu art. 5º, § 2º 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; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso."[308]

Temos também o dispositivo previsto no inciso XX do artigo 7º., referente à proteção do mercado de trabalho da mulher. Não obstante o Constituinte originário tenha sido até um pouco redundante na proteção oferecida às mulheres contra a discriminação, no âmbito do princípio da isonomia. Visto que, depois de afirmar a igualdade de "todos" perante a lei (artigo 5º., *caput*), o fez expressamente em relação a homens e mulheres no

---

[307] Como já afirmamos no primeiro capítulo dessa terceira parte da dissertação, é sempre bom repetir que as ações afirmativas não se resumem, enquanto método de implementação, à fixação de quotas ou de um percentual fixo a ser preenchido por um determinado grupo. Todavia, certamente há situações em que tal tipo de providência pode ser justificada – e obviamente existirão outras situações em que tal opção se mostre inaceitável, devendo-se buscar outros meios para se atingir o fim desejado, sempre atento aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação, dentre outros aplicados ao caso em questão.

[308] SÉGUIN, Elida. **Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002, p. 202.

inciso I do mesmo dispositivo – “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Ainda assim, ele próprio (Constituinte originário) reconheceu implicitamente que a igualdade formal não seria suficiente para equiparar homens e mulheres, em razão de toda a nossa história marcada pelo patriarcado e pelo machismo, sobretudo, no âmbito do mercado de trabalho. Por isso, fixou através do dispositivo previsto no mencionado inciso XX do artigo 7º., um comando para que o legislador infraconstitucional, através de lei, estabelecesse as salvaguardas que se fizerem necessárias para a proteção do mercado de trabalho da mulher. Ora, na medida em que não temos dispositivo constitucional semelhante introduzindo idêntica previsão para os homens, e dado o histórico de discriminação e estigmatização de que as mulheres foram e ainda são vítimas em nossa sociedade, o que temos aí é claramente uma disposição instituidora de ação afirmativa. Depois de equiparar homem e mulher perante a lei, requer-se uma nova lei que os desequipare, compensado através de uma desigualdade jurídica, uma desigualdade de fato.

> “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 internacional, a Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, 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. 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."[309]

Outro exemplo expresso de ação afirmativa, ainda que, dispondo quanto aos meios de se atingir os seus objetivos de forma mais vaga e menos incisiva, esta prevista no art. 170, IX, no título que trata da ordem econômica e financeira. O texto do inciso, significativamente modificado pela Emenda Constitucional n. 6 de 15-08-1995, é na verdade uma regra jurídica derivada de outros dois princípios previstos pelo mesmo artigo da Constituição: o inciso III, que estabelece a função social da propriedade; e o inciso IV, que fixa o princípio da livre concorrência.

Em sua redação original, o dispositivo enunciava: "tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte". Percebia-se então claramente a disposição do constituinte originário em encontrar uma fórmula jurídica capaz de igualar duas instâncias claramente desigualadas pela realidade econômica do mercado capitalista mundial. Ou seja, a assimetria indiscutível entre as grandes corporações transnacionais e as empresas brasileiras de capital nacional, sobretudo as de pequena porte.

A diferenciação jurídica em favor das empresas brasileiras se justificava claramente em razão da necessidade de se manter em nosso mercado interno os fundamentos necessários para a livre concorrência. Visto que, em razão de seu diferencial tecnológico e financeiro, propiciado pelos ganhos de escala de quem atua em um mercado global, as grandes corporações transnacionais possuem os meios necessários para se impor sobre o nosso mercado interno constituindo estruturas de natureza oligopolística, levando a uma forte concentração e centralização de capitais capaz de lhes permitir uma confortável administração dos seus lucros. Esta situação, por sua vez, acaba por vulnerar dois outros princípios da ordem econômica constitucional: o da soberania nacional (devido à remessa de lucros para as suas matrizes, subdesenvolvimento tecnológico local, etc); e o da defesa do consumidor, visto que, diante de um mercado dominado por monopólios e oligopólios transnacionais, o consumidor, não teria outra opção que não transferir um percentual cada vez maior dos seus rendimentos para a aquisição de produtos

[309] SILVA, Alexandre Vitorino. **O Desafio das Ações Afirmativas no Direito Brasileiro**.

cujos preços são administrados para além do mecanismo da oferta e da procura.

Por outro lado, a defesa jurídica da empresa de pequeno porte se justifica diante de sua função social, seja pela quantidade de empregos por elas globalmente gerados, seja pelos efeitos positivos que dela decorrem em termos de distribuição de renda e aumento da competitividade.

No entanto, as mudanças geopolíticas ocorridas logo após a promulgação da Constituição, representadas pela queda do Muro de Berlim, pelo fim da U.R.S.S e do comunismo enquanto sistema político-econômico capaz de rivalizar com o capitalismo em âmbito mundial, acabou por arrastar o mundo como um todo, e nosso país em particular, para a grande "onda neoliberal". Esta, durante algum tempo, fez com que muitos acreditassem que diante de uma nova ordem mundial representada pelos mercados abertos ao jogo de forças globais, teria desaparecido qualquer antagonismo entre interesses nacionais e alienígenas.

Foi no bojo dessa embriaguez ideológica, que a Constituição foi modificada em 1995, passando o inciso IX do art. 170 a ter a seguinte redação: "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país". Não nos interessa neste espaço discutir todas as implicações que resultam da modificação do texto constitucional, que na prática, fez desaparecer qualquer distinção entre empresa brasileira e empresa estrangeira. Mas queremos ressaltar que, mesmo com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 6, o dispositivo continua exercendo a mesma função que antes: uma regra normativo-constitucional destinada a promover uma ação afirmativa em defesa das empresas de pequeno porte diante das grandes empresas, corporações monopolísticas, e estruturas oligopolizadas de produção e comercialização.

> "Verifica-se que, tanto a primeira quanto a segunda norma, dispõe de uma definição voltada a um 'tratamento favorecido' para as empresas ali nomeadas, apresentando-se, pois, a regra como reflexo ou desdobramento aplicado do princípio da igualdade jurídica tal como concebido no constitucionalismo

---

<http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=3479/ p. 13-14>. Acesso em: 12 jan. 2007.

> contemporâneo. É certo que a desigualação favorecedora, aqui, não tem a mesma natureza daquelas outras introduzidas em passagens diversas do texto constitucional, quer-se dizer, não tem a mesma natureza de condição pessoal, étnica, racial, ou algo no gênero. Mas tem-se, com certeza, uma ação afirmativa determinada constitucionalmente no sentido do favorecimento de um grupo que dispõe de condição social e econômica de tal forma especial que se considera necessário ser tratado diferentemente para ter as mesmas oportunidades de permanência e crescimento, no caso, na atividade econômica".[310]

Em outros trechos da Constituição, temos a adoção de medidas protetivas voltadas para indivíduos em situação de vulnerabilidade decorrente de sua condição etária: crianças e adolescente e idosos. Entendeu o Constituinte que, em uma sociedade como a nossa em que vicejam diversas formas de assimetria, a condição existencial humana se encontra especialmente fragilizada nos seus extremos, expondo os indivíduos nesta condição, a um conjunto de infortúnios, violências, e injustiças, que obriga a ordem jurídica a concedê-los uma posição especial em relação aos demais membros da sociedade. É o que se deduz da leitura dos arts. 227 e ##, e 230. Tais dispositivos acentuam a abrangência adotada pelo Constituinte ao tratar da aplicação dinâmica do princípio da igualdade no âmbito das chamadas ações afirmativas. No que tange especificamente à proteção da criança e do adolescente o art. 227 e seus parágrafos (especialmente o # 3º.) acabou por definir os contornos institucionais de um verdadeiro microssistema jurídico que, retirando a questão do âmbito do direito privado no qual tradicionalmente encontrava-se regulado, acabou por promover uma efetiva constitucionalização deste tema. Fixaram-se novos parâmetros, valores e princípios que posteriormente acabaram por redundar em uma legislação infra-constitucional de natureza especial, a lei 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O mesmo veio a ocorrer mais recentemente com relação à proteção à velhice, com a aprovação do chamado Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03). Com relação a este grupo específico, cujo tamanho não para de crescer, em todo o mundo de uma maneira geral, e no Brasil em particular, diversas são as formas de manifestação de preconceito e estigma. Curiosa,

---

[310] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Editora Senado Federal, 1996, julho/setembro, p.

aliás, tal manifestação, visto que, se dermos "sorte", um dia todos nós seremos idosos. Todavia, de positivo, o que temos a ressaltar é o fato de diversas leis estaduais – assim como se deu no âmbito da União – terem instituído mecanismos de tutela do cidadão da terceira idade.

> "Renato Maia Guimarães denomina 'etarismo' o preconceito contra os longevos, o que aumenta e cria novos obstáculos a solucionar para sua integração ao contexto social. Outros autores falam em 'gerontofobia', com o mesmo significado. O desrespeito aos direitos do idoso faz parte do cotidiano, variando geograficamente apenas a intensidade dessa violação."[311]

Por fim, gostaríamos de abordar um argumento que costuma ser oposto pelos críticos das ações afirmativas com relação à sua previsão constitucional. Admitem estes críticos a existência de diversos dispositivos no texto da Constituição introduzindo ou autorizando políticas públicas baseadas em ações afirmativas. No entanto, alegam que, por constituírem exceção expressa ao princípio da igualdade (que enquanto tal, só é por eles admitido em sua acepção formal), só se admitem ações afirmativas naqueles casos expressamente previstos ou autorizados pela Constituição. Em nossa opinião, tal perspectiva violenta por completo todo o sistema constitucional introduzido em 1988, de maneira especial, sua estrutura principiológica voltada para a tutela dos direitos fundamentais sob o pálio da dignidade da pessoa humana e sua opção política pelo rompimento com o imobilismo e a passividade que marcou a nossa história jurídico-constitucional em face das injustiças sociais.

> "Se em algumas passagens a Lei Fundamental da República define comportamentos específicos favorecedores de grupos desfavorecidos histórico-social e histórico-economicamente, não se tenha serem eles os únicos que se poderiam considerar dotados ou dotáveis de condicionamentos especiais no Direito Positivo. O que com eles se tem é, basicamente, a amostragem, o norte, a baliza fundamental para a aplicação devida e justa do princípio da igualdade jurídica sustentador do sistema constitucional."[312]

96.

[311] SÉGUIN, Elida. **Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 153.

[312] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Editora Senado Federal, 1996, julho/setembro, p. 96.

Neste sentido, gostaríamos de deixar clara a nossa discordância com relação às interpretações que buscam reduzir o alcance da autorização constitucional para a implementação de ações afirmativas sob o argumento de que tal autorização só se reconhece se vier expressa no texto. Trata-se daquilo que poderíamos definir como o "embuste ou falácia da taxatividade". Aliás, típico da tradição jurídica brasileira, individualista e insensível aos dramas comunitários, quando não consegue impedir a instituição de uma determinada pauta de direitos, procura esvaziá-los pela omissão regulamentadora do legislador ou por artifícios interpretativos por meio dos quais se procura neutralizar o seu conteúdo. Isto se deu ao longo de nossa história, pelo ao menos depois da Constituição de 1946, de forma recorrente. Em especial com as normas principiológicas, atacadas pelos arautos do dogmatismo, que tudo fazem para transformá-las em mero ornamento constitucional, destituída da força normativa que o Constituinte originário lhe outorgou.

> "Faz-se mister, outrossim, responder ao argumento que se denomina doravante de 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., *caput* e 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 DWORKIN dá à expressão."[313]

[313] SILVA, Alexandre Vitorino. **O Desafio das Ações Afirmativas no Direito Brasileiro**. <http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=3479/ p. 10>. Acesso em: 12 jan. 2007.

4.5 – *Algumas normas infra-constitucionais instituidoras de ações afirmativas*

De início, gostaríamos de frisar que, se a discussão em torno do conceito de ações afirmativas é recente, tanto quanto a sua expressa previsão constitucional, a prática dessa modalidade de intervenção pelo poder público através da lei não o é. Temos inúmeros exemplos a esse respeito. O primeiro deles encontra-se na CLT (art. 354), e foi introduzido durante o primeiro governo de Getúlio Vargas. Trata-se de dispositivo que reserva vagas para trabalhadores brasileiros (2/3) no âmbito das empresas instaladas no país. Ressalve-se inclusive que, pelo parágrafo único do dispositivo, a referida proporcionalidade se daria não apenas em relação ao número de funcionários, mas também em relação à folha de salários. Ainda na era Vargas, tivemos o Decreto-Lei 5.452/43 que introduziu o artigo 373-A na CLT para autorizar a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres. Mas o mais pitoresco de todos os exemplos referentes à introdução de medidas caracterizadoras de ações afirmativas na ordem jurídica brasileira anterior à Constituição de 1988 foi a Lei 5465/68, que ficou conhecida como “Lei do Boi”. Por seu intermédio, instituiu-se uma reserva de vagas para filhos de proprietários rurais nos estabelecimentos de ensino médio agrícola e nas escolas superiores de agricultura e veterinária mantidas pela União.

> “Frise-se, por oportuno, que se a «teoria» das ações afirmativas é quase inteiramente desconhecida no Brasil, a sua «prática», no entanto, não é de todo estranha à nossa vida administrativa. Com efeito, o Brasil já conheceu em passado não muito remoto uma modalidade (bem brasileira!) de ação afirmativa. É a que foi materializada na chamada «Lei do Boi», isto é, a Lei n. 5.465/68, cujo art. 1º era assim redigido: ‘Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de

> preferência, 50% (cinqüenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural, e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio'."[314]

Ao longo de nossa exposição, já que nos referimos a certos exemplos de legislações infraconstitucionais que vieram para instituir verdadeiros microssistemas jurídicos para a tutela de indivíduos em situação de hipossuficiência ou de vulnerabilidade (dentro do qual caberia ainda referência à lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor – CDC), estabelecendo parâmetros jurídicos cogentes em regiões anteriormente reguladas por normas de direito privado. Seria de bom alvitre também nos referirmos especificamente às normas ordinárias destinadas a regular e a conferir benefícios específicos por meio de ações afirmativas em face de grupos expressamente tutelados pelo texto constitucional.

A título puramente ilustrativo, poderíamos começar nossa exposição com referência à lei 8.666/93, conhecida como Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, que no inc. XX de seu art. 24, fixa que: "É dispensável a licitação: (...) na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado".

Temos aqui um exemplo notável de atividade legislativa infraconstitucional por meio da qual se deu efetividade plena a um comando basilar estabelecido pelo Constituinte Originário. Afinal de contas, se este chegou a estabelecer no corpo da própria Constituição regras jurídicas por meio das quais realizou praticamente um desiderato que já havia autorizado e requerido no âmbito valorativo e principiológico, foi exatamente por temer a inércia do legislador com relação a aspectos que lhe pareceram inadiáveis.

Todavia, como acabamos de demonstrar, isso em momento algum quis dizer que ao estabelecer-se algumas regras jurídicas voltadas para a tutela de

---

[314] GOMES, Joaquim Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. <http//lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf/ p.17.> acesso em 10 jan. 2007.

certos segmentos da sociedade, através de ações afirmativas (como é o caso do art. 37, VIII, da CF), exauria-se com elas as medidas protetivas voltadas para o segmento em questão. As intervenções de natureza administrativa, legislativa e judicial deverão ser intentadas enquanto a realidade fática que lhes motivou persistir, sendo inequívoco (como apresentaremos mais adiante) a sua natureza transitória, sem a qual as ações afirmativas depois de algum tempo transformar-se-iam em mecanismos instituidores de privilégios. No caso em apreço, não resta dúvidas de que a lei de licitações, ao fixar uma condição especial para associações de deficientes contratarem com o poder público, desigualou juridicamente um segmento social historicamente marginalizado. Criou-se pelo direito, condições para um maior equilíbrio na distribuição de benefícios – sobretudo, quando se trata de recursos públicos, oriundos do conjunto da sociedade e, no qual o princípio da solidariedade deve ter necessariamente um assento mais destacado.

> "A hipótese de dispensabilidade de licitação por associação de portadores de deficiência física, desde que atendidas as condições da regra, significa o acolhimento, no direito infraconstitucional, de tratamento favorecido em razão de situação peculiar de marginalização e dificuldades sócio-culturais com repercussões econômicas a que se sujeitam os associados da entidade descrita. Por isso mesmo é que, para se ter uma nova igualação que a sociedade não promoveu por si, o Direito afirma um favorecimento que conduz a uma condição igual no movimento da norma, que se faz pela aplicação e criação de situação social concreta. Não se afirma – ninguém assevera com seriedade – que a regra da Lei de Licitações estaria a agredir o princípio constitucional da igualdade, porque o que ela faz é, antes , fomentar um processo de igualação que permite seja aperfeiçoado, não apenas na forma, mas principalmente no conteúdo, aquele dogma fundamental".[315]

No que tange às normas infraconstitucionais instituidoras de ações afirmativas visando estabelecer condições para uma efetiva igualdade substancial para as mulheres, temos observados alguns avanços, mas ainda muita omissão – sobretudo legislativa.[316] Ainda no âmbito trabalhista,

---

[315] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Editora Senado Federal, 1996, julho/setembro, p. 97.

[316] Veja-se, por exemplo, o fato de até o presente não se ter regulamentado o inciso XX do artigo 7º., da Constituição. E certamente não foi por falta de propostas. Existem atualmente pelo quatro projetos de lei tramitando no Congresso que tratam do assunto – PL 2417/89; PL 3520/89; PL 382/91; PL 147/95.

tivemos a edição da lei 9799/99, que introduziu o artigo 373-A, por meio do qual, se veda a instituição para efeitos de oferta de emprego de condição referente à comprovação de esterilidade ou atestado negativo de gravidez. Proíbe ainda a negativa de contratação fundada em critério sexual, a prática de revistas intimas e a dispensa fundada em critério sexual. Infelizmente tal dispositivo legal não prevê sansão para aqueles que vierem a descumpri-lo, tornando-o assim, na prática, quase que inócuo. A ressalvar tal vazio legislativo temos a lei 9029/95, que após tipificar várias das condutas descritas na lei 9799/99, deixa para a empregada a opção de, comprovada a natureza discriminatória da lesão ao seu direito, optar pela readmissão com o ressarcimento integral de todos os valores referentes ao período de afastamento ou a percepção em dobro de todos esses valores.

Todavia, grande polêmica foi suscitada quando da edição da lei 9.100/95, que objetivou instituir normas regulamentares para as eleições de 1996, e em seu art. 11, *caput*, e parágrafo 3º., prescreveu: "Cada partido ou coligação poderá registrar até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher (...) Vinte por cento no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres".

De imediato, muitos foram os que alegaram a inconstitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que o mesmo infringia o princípio da isonomia previsto no caput do art. 5º. da CF/88.

Ora, a esta altura já está devidamente assentado pela reflexão aqui desenvolvida que a CF/88 introduziu em nossa ordem constitucional uma nova concepção do princípio da igualdade, recebido agora em uma dimensão material ou dinâmica, fundamentado sob uma perspectiva de eqüidade. Neste sentido, desiguala-se juridicamente os que já se encontram desigualados

---

Dentre estes, merece destaque o PL 2417/89, de autoria da Deputada Rita Camata. Ele propõe que, as pessoas jurídicas, que contarem com mais de cinqüenta 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. Requer-se ainda, que as empresas comprovem a aplicação de, no mínimo 50% (cinqüenta por cento) do valor abatido, em treinamento e qualificação de mão-de-obra por elas empregadas. Não obstante o caráter louvável da iniciativa, não se compreende porque tal benefício deveria ficar restringido às empresas com mais de 50 empregados, visto que, a proteção ao mercado de trabalho da mulher instituída pelo constituinte foi global, não se compreendendo a razão da introdução do critério restritivo. Ademais, as pequenas e médias empresas, são elas próprias destinatárias de medidas especiais de tutela por parte da ordem constitucional – como a pouco referido – não se compreendendo porque não agregar a elas também o incentivo para a contratação e treinamento da força de trabalho feminina.

histórica, econômica, cultural, e politicamente – para assim viabilizar a sua efetiva igualação segundo as normas de direito. Acreditamos ter demonstrado a toda evidência a disposição do texto constitucional neste sentido, bem como, a elaboração de diversos diplomas infraconstitucionais que vieram para ampliar e pormenorizar a prática de ações afirmativas no interior da ordem jurídica nacional. Em sua grande maioria, tais estatutos foram aceitos sem maiores resistências, não só porque tratavam de injustiças indisfarçáveis, mas talvez porque, em sua essência, não tocavam em uma questão vital: o poder político-estatal.

No entanto, no momento em que uma iniciativa do Congresso Nacional ousou tocar nesse plano, regulando a distribuição do poder político pela imensidão do território brasileiro em seus milhares de municípios, dos grandes centros metropolitanos aos mais longínquos grotões, as coisas mudaram de figura. A sanha machista que há cinco séculos reina sobre o comando do Estado – de forma ainda mais acentuada no interior do país – se ergueu de forma quase insidiosa. Pela primeira vez, levantaram-se vozes a brandir contra a inconstitucionalidade na instituição de cotas – questão que mais recentemente voltou à tona quando algumas universidades públicas passaram a pleitear a sua introdução para a tutela de afro-descendentes e a alunos oriundos da rede educacional pública.

Pois bem, já nos manifestamos no sentido de que a adoção de quotas ou percentuais representa a forma mais radical de ação afirmativa à disposição do poder público, devendo ser utilizada com cautela. Sendo sua natureza claramente subsidiária, utilizável apenas quando não se encontra outra forma mais eficaz e célere de conter uma injustiça histórica dentro de parâmetros razoáveis para os que sofrem determinada forma de discriminação ou marginalização. Sendo assim, poderia até o Poder Judiciário, no âmbito do chamado “devido processo legal em sentido material”, apreciar a discricionariedade legislativa da norma sob o pálio dos princípios da razoabilidade/adequação e, eventualmente, afastar a norma em questão.

Todavia, não há o menor cabimento em brandir-se a inconstitucionalidade do mecanismo das cotas ou percentuais em si mesma, visto que, foi o próprio Constituinte originário que expressamente as instituiu em favor dos deficientes físicos, como consta do art. 37, VIII, da CF/88. E não

há nenhuma indicação no texto constitucional de que tal dispositivo tenha sido introduzido na condição de *numerus clausus*, em sentido taxativo. Por isto, nos parece que a "gritaria" em torno desta medida se deveu muito mais em razão do *lócus* ao qual ela se destina – controle do poder político – do que em razão de um suposto limite jurídico constitucional eventualmente ofendido. No que, aliás, está perfeitamente de acordo com o que se poderia esperar de uma sociedade cujos fundamentos históricos repousam sob estruturas fortemente autoritárias representadas pelo latifúndio, pela instituição escravocrata, e pela concepção familial patriarcal.

> "Também não se vislumbra, no espectro do Direito Constitucional Comparado, máxime em relação à prática norte-americana do constitucionalismo contemporâneo, como antes lembrado, absolutamente nada de novo, ou de inédito, ou de esquisito, ou de inusitado. E, no entanto, em relação a essa norma, os clamores foram ouvidos. Alegou-se, até mesmo, manifesta inconstitucionalidade da norma. Na forma? No conteúdo? Pela fixação do percentual que feriria a igualdade dos iguais homens brancos, médios, ocidentais, letrados, que são os que se encontram em melhor condição de disputa eleitoral desde sempre na história brasileira, na qual a mulher somente começou a ter direito a votar na década de trinta? Mas se o percentual é definido na própria Constituição Brasileira para outros casos, apontando, assim, a Lei Fundamental para a ação afirmativa, como é que não se poderia atribuir ao legislador a tarefa de desigualar os desigualados históricos para se atingir a igualação jurídica formalmente acolhida no sistema em vigor? Se pequenas empresas podem ser favorecidas com percentuais, se deficientes têm percentuais de cargos públicos a eles definidos e para eles resguardados, se índios têm estatuto próprio, por que não poderiam as mulheres serem afirmadas em condição de desigualação positiva, para virem a ocupar o espaço político que lhes foi negado tradicionalmente, numa atitude histórica indubitável de absoluto preconceito e desconsideração social? As mulheres têm as mesmas oportunidades que os homens na sociedade brasileira para os cargos de comando?[317]

Todavia, se no momento em que o legislador infraconstitucional decidiu implementar alguns dos comandos constitucionais que autorizam a implementação de ações afirmativas para a tutela da igualdade substancial para as mulheres observamos forte reação em alguns setores da sociedade, situação muito pior se deu com a simples discussão de tais medidas no âmbito racial. Algumas medidas legislativas, que não ferem privilégios daqueles que se

sentem confortáveis com o atual estado de coisas, ainda que despertem algum ruído, são facilmente assimiladas. Foi o que aconteceu com a lei 10.639/05, que instituiu o ensino de história e cultura afro-brasileira no currículo escolar – talvez até porque os seus adversários acreditem que se trata de uma daquelas medidas legislativas decorativas, que por uma série de razões, estaria fadada a não ser implementada.

No entanto, quando em 2001, a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro aprovou uma lei estadual introduzindo cotas para afro-descendentes nas universidades estaduais o mundo quase veio abaixo. A gritaria foi geral, as alegações acerca da sua inconstitucionalidade foram intensas na imprensa. Vários aspectos foram atacados até que a Assembléia acabou por revogá-la através da edição de uma outra lei – Lei Estadual 4151/03. Por meio dela, se reformulou a política de cotas, dando a ela uma maior abrangência. Reservou-se 20% das vagas para afro-descendentes, outros 20% para alunos oriundos da rede pública, e 5% para representantes das comunidades indígenas. Nova gritaria, que foi se ampliando na medida em que novas universidades por todo o país – recorrendo ao dispositivo constitucional que lhes atribui autonomia e nos preceitos, também constitucionais, que autorizam as ações afirmativas – resolveram instituir elas também sistemas de cotas nos parâmetros adotados pelos cariocas. Aos poucos foram surgindo modulações, em que o sistema de cotas “puro-sangue” se viu substituído por critérios alternativos, que conferem bônus ou pontos aos representantes de grupos vulneráveis. Mas a oposição não arrefeceu.

Todavia, a temperatura subiu para valer com a aproximação das votações no Congresso Nacional do PL 73/99, conhecido pela denominação de “Lei das Cotas”, e o PL 3.198/00, a mais abrangente de todas as propostas até agora apresentadas referente ao tema da inclusão de afro-descendentes, e que ficou conhecido como Estatuto da Igualdade Racial. Os projetos trazem uma série de avanços importantes, mas também alguns pontos (residuais, diga-se de passagem) em torno dos quais é necessário um maior aprofundamento acerca da sua conveniência e até da sua constitucionalidade. Tais aspectos serão analisados mais a frente, quando da avaliação da forma pela qual a

[317] Op. Cit., p. 97-98.

sociedade brasileira está recebendo a discussão e a implementação de políticas públicas baseadas em ações afirmativas. Mas desde já podemos afirmar que, dentre todos os grupos vulneráveis objetos de ação afirmativa, aqueles em torno dois quais se coloca a questão racial, são os que indubitavelmente despertam maior polêmica.

CAPÍTULO 5º: PARÂMETROS NORMATIVOS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTCAS PÚBLICAS PROMOTORAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS.

Ao longo desse capítulo procuraremos alinhavar uma série de pontos que, em nossa opinião, podem contribuir para o aperfeiçoamento dos mecanismos de estruturação, aplicação e controle (judicial) de políticas públicas que intentem promover ações afirmativas. São elementos que objetivam constituir um conjunto de parâmetros, alicerçados no texto constitucional e nas contribuições mais recentes da teoria da constituição – em especial em torno da teoria da norma jurídica constitucional. Busca-se, então, o estabelecimento de balizas que propiciem um campo mais claro e coerente para o desenvolvimento de uma dogmática constitucional voltada especificamente para o enfrentamento de questões que, a exemplo do que se dá no âmbito do controle judicial de políticas públicas promotoras de ações afirmativas, devem estar fundamentadas, sobretudo, no campo do princípio substancial do devido processo legal.

Neste sentido, abordaremos inicialmente as questões referentes à natureza jurídico-processual coletiva de eventuais demandas propostas – ainda que o autor o faça a título individual – em face de políticas públicas instituidoras de ações afirmativas. Tais aspectos adquirirão relevância jurídico-processual, sobretudo, quando focadas sob a perspectiva em que se dará a constituição do pólo passivo nestas ações, visto que é de se esperar a manifestação do interesse, especialmente, de organizações e associações da sociedade civil envolvidas na defesa de grupos minoritários e/ou vulneráveis.

Iniciando a reflexão acerca dos limites jurídico-constitucionais à implementação de ações afirmativas por intermédio de políticas públicas, procuramos deixar claro, em alto e bom som, que este deve ser o terreno, por

excelência, da ponderação e da harmonização de interesses. Afinal de contas, no plano teórico-dogmático e jurisprudencial, existe hoje um entendimento muito sólido acerca da inexistência de direitos ou princípios absolutos no âmbito de um sistema constitucional, cuja normatividade aberta, se constrói pela articulação de regras e de princípios.

A partir desse ponto pretendemos expor nossa perspectiva acerca da natureza ambígua ou "bifronte" manifestada pelo princípio da igualdade no contexto do sistema constitucional pátrio. Isto porque, foi o mesmo recepcionado, pela primeira vez em nossa história constitucional, tanto em sua acepção formal (isonomia) quanto na acepção material/substancial. Tal recepção, em nossa opinião, implica também em conseqüências de natureza dogmática de significativa relevância, visto que, as duas formas de manifestação do princípio devem não apenas complementar-se, suprindo eventuais lacunas e imperfeições no itinerário percorrido pela igualdade perante a lei até atingir-se a igualdade através da lei. Mas devem servir como mecanismo de controle recíproco, de forma que um seja capaz de completar, corrigir e, sobretudo, limitar a ação do outro – no caso em apreço, a função limitativa se exercerá a partir do princípio em sua acepção formal em relação à acepção material do mesmo princípio.

Procuramos também recuperar a teoria da norma jurídica, resgatando a história moderna da chamada dogmática dos princípios. Neste itinerário, o que de fato nos interessou, foi o processo por meio do qual se buscou reconhecer os atributos normativos associados aos princípios. Passando por sua retomada pelo *jusnaturalismo* no final do século XIX, seu enquadramento pelo positivismo durante a primeira metade do século XX, até atingir-se o estado de maturação representado por aquilo que parte da doutrina denominou por "normativismo por princípios" ou simplesmente "pós-positivismo". Depois de reconstruirmos sucintamente este itinerário, procuramos aduzir algumas contribuições mais recentes, por meio das quais, busca-se um maior refinamento, sobretudo, na relação teórica entre as diversas espécies normativas, com destaque especial para a articulação de regras e princípios.

Como desdobramento deste movimento de retomada da teoria da norma jurídica, apresentamos uma nova categoria normativa, ou pelo ao menos uma

nova forma de classificá-la. Trata-se daquilo que Humberto Ávila[318] vêm denominando por “normas de segundo grau”, “metanormas” ou, como preferimos “postulados normativos aplicativos”. Trata-se de uma categoria normativa muito peculiar, visto que, não se aplica diretamente a fatos, mas a outras normas. Estruturam a sua aplicação e facilitam o controle intersubjetivo de suas conseqüências. Objetivam introduzir maior racionalidade na aferição da constitucionalidade de políticas públicas instituídas tanto pela via legislativa quanto pela administrativa, orientando o controle judicial da discricionariedade do legislador e do administrador no bojo do princípio substancial do devido processo legal - por intermédio dos postulados normativos de aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em seguida, não obstante nossa concordância no que diz respeito às características normativas atribuídas por Humberto Ávila aos postulados normativos aplicativos, nos permitimos discordar de sua classificação, ao situá-los no bojo de um “gênero normativo à parte ou paralelo”, por ele denominado de “normas de segundo grau” ou “metanormas”. Não nos convencemos de tal classificação, e optamos por propor uma classificação alternativa, na qual, os postulados normativos de aplicação seriam acomodados no plano da teoria contemporânea da norma jurídica, como uma modalidade da espécie normativa “princípios”. Estes, na nova tipologia aqui proposta, se subdividiriam em duas modalidades, compostas pelos “preceitos fundamentais” (normas de conteúdo preceptivo-axiológico) e pelos “postulados normativos de aplicação” (normas dispostas para a estruturação, aplicação e controle de outras normas).

Feitas estas observações, retomamos a formulação proposta por Ávila, e passamos a explicitar de forma um pouco mais detalhada a estrutura e os fundamentos dogmáticos dos postulados normativos de aplicação. Neste ponto, também retomamos a discussão sobre a natureza ambígua ou bifronte do princípio da igualdade para demonstrar que, tal característica, decorre exatamente do fato de que, possuindo natureza principiológica, ele próprio se manifesta, tanto como preceito fundamental (igualdade em sentido material/substancial) quanto como postulado normativo de aplicação (igualdade em sentido formal). Daí a importância do postulado normativo de aplicação da

[318] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

igualdade, no controle judicial das ações afirmativas. Neste ponto também, retomamos a análise dos postulados específicos da razoabilidade e da proporcionalidade, procurando, ainda que sucintamente, destrinchar-lhes os seus elementos estruturantes e os seus modos de aplicação.

Por último, faremos algumas breves considerações acerca do Projeto de Lei n. 3.198/00, conhecido como Estatuto da Igualdade Racial. Trata-se da mais profunda e abrangente tentativa de reestruturação das relações raciais pela via legislativa em toda a nossa história. Em nossa opinião, o projeto introduz uma gama extraordinária de avanços para um satisfatório encaminhamento da questão no Brasil. No entanto, encontramos também alguns pontos de duvidosa constitucionalidade, além de (em nossa opinião) alguns equívocos conceituais. Um dos pontos problemáticos, que salta aos nossos olhos, seriam os dispositivos que instituem uma espécie de autoclassificação racial compulsória. Na forma como está disposto no projeto de lei, ela parece colocar-se como pré-requisito para o gozo de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados – o que não seria possível por intermédio de uma lei ordinária. Ademais, sugere um processo de "racialização" das identidades individuais e coletivas em aparente confronto com outras garantias fundamentais instituídas pela ordem constitucional.

5.1 - *O "direito subjetivo" no âmbito do "direito de incidência coletiva" atribuída à tutela prestada em face de ação afirmativa e parâmetros para o seu controle judicial*

Políticas públicas instituidoras de ações afirmativas podem eventualmente obstar "expectativas de direitos" de que são titulares indivíduos em sua singularidade. É o que ocorre no caso da instituição de cotas para a seleção de afrodescendentes no âmbito de uma universidade pública, por exemplo. Neste caso, um indivíduo "caucasiano", cujas notas seriam suficientes para ver-se aprovado no exame vestibular, pode ser preterido em função da reserva de um determinado número de vagas, por meio da qual se estreitou o universo no interior do qual ele competiria inicialmente, ficando ao

final, excluído do certame. No entanto, ainda que este ingresse em juízo, propondo uma ação contra a universidade em questão, com citação endereçada pessoalmente ao dirigente por ela responsável, mesmo nesta circunstância, a natureza jurídica do interesse que se controverte será coletiva, e nunca individual.

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

Ou seja, o direito subjetivo corresponde a um “interesse personalizado”, exclusivo e excludente, o qual, mesmo quando não impede que mais de um indivíduo litigue conjuntamente, dirimindo-se em um único litígio o interesse de múltiplas pessoas, permite que, ao final, cada um obtenha uma reparação individual, exclusiva e excludente. Já no caso de interesse legítimo, o que se defende é inseparavelmente do indivíduo que apresenta a pretensão e de outros a ele equiparados na mesma situação, constituindo-se um interesse comum com outros indivíduos, um interesse concorrente e inseparável – ao menos em princípio.

> “El interés de que se trata en el derecho subjetivo es un interés próprio de cada portador del derecho, individual a él, es decir exclusivo, excluyente; ello no impide que litiguem más de uno conjuntamente, o que en un litígio colectivo se diriman los derechos subjetivos de múltiples personas: pero cada una obtendrá siempre una reparación individual, exclusiva y excluyente. En el caso del interés legítimo, el interés que se defiende es inseparablemente de tal individuo y de otros: es un interés común con otros indivíduos, un interés concurrente,

> inseparable (en principio); esse dato también lo comparte en ocasiones con el derecho de incidência colectiva".[319]

No caso em questão, nosso hipotético candidato não possui direito subjetivo algum, visto que, nada lhe foi violado no plano individual. Afinal de contas, quando ele se inscreveu no exame vestibular, já sabia da reserva de vagas, posto que a mesma, foi instituída na forma de política pública, gozando de presunção de legalidade e de constitucionalidade. Ademais, tal política pública não se dirigiu, nem no momento de sua instituição, nem após a sua implementação, a indivíduos específicos – seja para beneficiar ou para prejudicar qualquer um deles. Desta forma, as ações afirmativas não tolheram nenhum direito subjetivo do candidato, que pôde se inscrever e competir nas mesmas condições especificadas para aqueles que se encontravam na mesma situação que ele, tendo sido os resultados estabelecidos de acordo com as regras e dispositivos previamente dispostos.

Neste sentido, se algum interesse foi lesado, este pertence a todo o grupo no qual se inclui o candidato dissidente – ou seja, todos os candidatos "caucasianos" excluídos dos benefícios instituídos pela ação afirmativa. Daí porque, não poderia o mesmo, por exemplo, pedir uma indenização a qualquer título – visto que nenhum direito que lhe seja atribuído pela ordem jurídica em caráter pessoal foi lesado. Mas, sem dúvida alguma, possui interesse legítimo para questionar a legalidade e/ou constitucionalidade da medida – neste último caso em caráter incidental – pleiteando a sua anulação.

Por isso, também não poderia um candidato nessas circunstâncias, pedir ao juízo – em caráter liminar ou em antecipação de tutela – que ordene a sua matrícula (pedido individual), mas que invalide por inteiro a referida política pública ou o ato administrativo que a instituiu – o que por sua vez, vindo a ocorrer, alteraria o quadro classificatório e, eventualmente, lhe beneficiária. E é exatamente porque, em caso de anulação do ato administrativo, seria o mesmo beneficiado pela medida, que ele possui legitimidade para pleitear em juízo tal interesse – que não lhe pertence individualmente, como direito subjetivo.

---

[319] GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo – la defensa del usuário y del adminsitrado (Tomo 2)**. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. III – 9.

> "El interés legítimo era la exigibilidad concurrente, compartida en forma inescindible entre varias personas, de que la adminstración no exceda sua facultades regladas ni dicte actos en abuso de sus facultades discrecionales; lo que tipificaba el interes legítimo era la concurrencia inseparable de varias personas en la pretensión, a diferencia de las situaciones en que la pretensión pueda invidualizarse en forma exclusiva en cabeza de uma sola persona. Según la forma tradicional de entender el tema era necesario además que el recurrente o reclamante tuviera un interés personal y directo en la revocación o anulación que pidiera (dicho de outra forma, que el acto atacado lo afectara a él directa y personalmente)."[320]

Não há dúvidas de que a distinção conceitual entre direito subjetivo e interesse legítimo – podendo-se ainda agregar o conceito de "simples interesse" – é criticável. Sobretudo, a partir do momento em que os direitos de dimensão coletiva passaram a ser expressamente recepcionados nos textos constitucionais, sendo problemático tentar tratá-los – inclusive no âmbito processual -, com ferramentas moldadas para o direito privado em sua dimensão liberal-individualista.

Gordillo, por exemplo, entende que no contexto constitucional argentino, posterior à reforma de 1994, a positivação neste plano dos "direitos de incidência coletiva", dos quais exemplifica os tutelares do meio ambiente, das relações de consumo, da prestação de serviços pelos concessionários de poder público, dos interesses dos deficientes, das mulheres, dentre outros, torna de pouco interesse o emprego desses conceitos. Visto que, se por um lado, uma interpretação publicística do conceito de interesse legítimo deixa patente a impossibilidade de aplicação da categoria direito subjetivo individual em sede de interesses meta-individuais, por outro lado, deixam escapar o fato de que direito subjetivo continua existindo, só que agora no plano coletivo. Daí a possibilidade outorgada pela ordem jurídica de deferimento indenizatório a título de dano moral coletivo. Por isso Gordillo entende que tais conceitos (direito subjetivo e interesse legítimo) subsumem-se simplesmente no conceito de "direito de incidência coletiva".

> "No es claro donde el orden jurídico estabelece todavia hoy um régimen jurídico diferenciado para el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple, a partir de la inclusión constitucional

[320] Op. Cit., p. III – 16.

> de la tutela de los derechos de incidência colectiva. Tradicionalmente el derecho subjetivo se defiende o reclama com uma acción de conocimiento, um recurso de amparo, o um recurso de plena jurisdicción em los sistemas provinciales más antiguos. Em tales casos el individuo puede obtener – en esa u outra acción – una indemnización para si. El interes legítimo se defiende sea ante la administración, como ocurría clásicamente en el orden nacional, o también con un recurso de anulación donde él existe, pero no con una acción de las antes mentadas. Em tales casos el individuo puede lograr que anulen el acto ilegítimo, pero no obtener una indeminización; pero es previsible que la categoría se amplie o desaparezca com la introducción al derecho positivo de los derechos de incidência colectiva, em los cuales la indenización es posible."[321]

De fato, o fenômeno descrito por Gordillo no contexto jurídico-constitucional argentino, foi vivido pelos brasileiros com grata antecedência. Visto que, entre nós, o reconhecimento constitucional dos interesses transindividuais se deu com a Constituição Federal de 1988, sendo que logo em seguida, o legislador ordinário logrou êxito em elaborar um conjunto de leis, códigos e estatutos por meio dos quais se regulamentou, com apreciável esmero técnico e conceitual, um micro-sistema processual para a tutela dos interesses transindividuais.

A natureza jurídica de interesse ou direito coletivo, é dada em nossa ordem jurídica, como se sabe, pelo inciso II, do artigo 81 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor. Por meio de tal dispositivo definiram-se interesses ou direitos coletivos como aqueles "transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base". Como se sabe o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7347/85) constituem, em conjunto e de forma articulada, o "núcleo duro" da tutela processual dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no interior de nossa ordem jurídica. Haja vista o que dispõe o artigo 21 (acrescentado pela lei 8.078/90) da referida Lei de Ação Civil Pública ao dispor que "aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

---

[321] Op. Cit., p. III – 4.

De conformidade com tais disposições legislativas estão legitimados em caráter concorrente e disjuntivo para propor ações coletivas (artigo 82, e incisos do CDC) o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal. Também o estão as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, desde que especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC. E por último figuram como legitimadas as associações legalmente constituídas nos termos da lei civil há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos ali tutelados ("pertinência temática") – dispensada a autorização assemblear. Por disposição expressa do parágrafo 1º., do artigo 82, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição há pelo menos um ano em caso de manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. O artigo 83 do CDC admite todas as espécies de ação capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses protegidos pela norma. E a Lei 7347/85 disponibiliza a ação civil pública para a tutela de "qualquer interesse difuso ou coletivo" – IV, artigo 1º., introduzido pela lei 8078/90. Temos então aqui a configuração de um verdadeiro micro-sistema processual para a tutela de direitos e interesses coletivos no qual se enquadram aqueles instituídos ou questionados em face de ações afirmativas.

Com muita freqüência, poderá o Poder Judiciário vir a ser provocado para se manifestar acerca de alguma lesão ou ameaça à imagem, honra, dignidade, ou identidade coletiva de algum grupo vulnerável. Sobretudo, no caso de manifestações públicas, em especial, através de meios de comunicação de massas, por meio dos quais, se veicule imagens ou mensagens desabonadoras para a auto-estima ou à consideração social dos grupos em questão.

Em situações como estas, caso a lesão não tenha ainda se concretizado, deve-se deferir uma tutela específica de modo a impedir a produção do fato. No entanto, caso não seja possível à ação preventiva, ou caso a tutela deferida se mostre ineficaz para se atingir o resultado prático buscado pelo pedido, dever-se-á deferir as medidas reparatórias e compensatórias que se mostrem pertinentes – como, por exemplo, uma indenização em dinheiro a título de dano moral coletivo.

No mesmo sentido do que aqui indicamos, segue o Projeto de Lei n. 3.198/00 de autoria do Deputado Federal Paulo Paim (conhecido como Estatuto da Igualdade Racial), ao dispor:

> "Art. 64. Para a apreciação judicial das lesões e ameaças de lesão aos interesses da população afro-brasileira decorrentes de situações de desigualdade racial, recorrer-se-á à ação civil pública, disciplinada na Lei n. 7.347/85, de 24 de julho de 1985.
> Parágrafo primeiro: Nas ações referidas neste artigo prevalecerão:
> I – o critério da responsabilidade objetiva;
> II - a inversão do ônus da prova, cabendo aos acionados provar a adoção de procedimentos e práticas que assegurem o tratamento isonômico sob enfoque racial;
> Parágrafo segundo: As condenações pecuniárias e multas decorrentes das ações tratadas neste artigo serão destinadas ao Fundo de Promoção da Igualdade Racial."

No que tange aos parâmetros para o exercício do controle jurisdicional das medidas instituidoras de ações afirmativas, parece que caminhamos para a pacificação da discussão em torno da sua constitucionalidade "em geral". Visto que, estão as mesmas visivelmente lastreadas na estrutura normativa da Constituição de 1988 e, contam até mesmo com a sua conceituação estabelecida em nível infraconstitucional, por exemplo, no caso de ações afirmativas voltadas para a tutela da mulher e contra a discriminação por motivo de raça, com previsão expressa nas duas Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil. Por isso, eventuais discussões judiciais deverão se dar em torno dos seus limites jurídico-normativos. Portanto, a sindicância jurisdicional deverá ser orientada pelos postulados normativos de aplicação da razoabilidade, proporcionalidade e adequação/necessidade. Ou seja, deverá necessariamente se instaurar em torno daquilo que se denomina por "devido processo legal em sentido substancial" (*substantive due process*).

> "O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Charta de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª., e 14ª., à Constituição norte-americana. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da

> Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos séculos. (...) O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral."[322]

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

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

---

[322] BARROSO, Luís Roberto. **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. In Estudos de Direito Constitucional – homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001, p. 319-320.

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

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

Assim sendo, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, não se mostra adequada a utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), nem mesmo para impugnação de lei ou ato normativo – visto que, em termos gerais, ações afirmativas são autorizadas e até exigidas pelo sistema constitucional. Sendo a discussão em torno delas focada basicamente em uma dimensão quantitativa/qualitativa, equilibrando-se entre duas manifestações principiológicas de um mesmo “preceito fundamental”, temos que a ação adequada para se conhecer acerca de eventual desvio, excesso ou omissão de algum poder estatal em sede de ação afirmativa é a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) prevista no art. 102, parágrafo 1º., da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9882/99. Nestes casos, aliás, a ADPF poderá ser manejada tanto em sede de controle concentrado (na via de ação autônoma), quanto em sede de controle difuso (na forma de incidente processual ou simplesmente “via incidental”).

> “... a argüição de descumprimento objetiva compelir o Poder Público a abster-se de realizar um ato abusivo e violador do Estado. No que se relaciona ao controle de constitucionalidade *stricto sensu*, releva notar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental abrange a ambivalência própria do sistema misto de controle de constitucionalidade vigorante no Brasil, isto é, ao mesmo tempo em que é uma ação autônoma (art. 1º.,

> *caput*, da Lei 9882/99), é também mecanismo apto a provocar incidentalmente a constitucionalidade de leis ou atos normativos difusamente (art. 1º., parágrafo único, I). (...) Também será possível que se intente argüição de descumprimento de preceito fundamental preventivamente. Afinal, o art. 1º., da Lei 9882/99 estabelece que a ADPF terá por objeto evitar ou reparar lesão. Ou seja, o sistema passa a admitir não somente a modalidade repressiva, mas também a modalidade preventiva de controle de atos que possam colocar em xeque preceitos fundamentais da Constituição."[323]

Infelizmente, nesse âmbito (o da argüição incidental), em função do veto presidencial ao dispositivo previsto no inciso II, do artigo 2º., da lei 9882/99, só terão legitimidade para propô-la os mesmos que já o são legitimados para a modalidade de ação autônoma, que por sua vez, são os mesmos a quem a Constituição conferiu legitimidade para a propositura de ADIn e ADECON. Ou seja, a intervenção executiva por meio do veto impediu que se desenvolvesse entre nós uma modalidade processual semelhante ao recurso constitucional alemão ou ao amparo espanhol. Malgrado a opinião de parte minoritária[324] da doutrina, tal espécie de remédio constitucional continua afastado do rol de prerrogativas conferidas aos cidadãos brasileiros.

Por fim, muito já se falou sobre a natureza transitória das políticas públicas instituidoras de ações afirmativas. Quanto a isto não resta a menor dúvida, visto que, acaso elas se tornassem perenes, de medidas compensatórias e de reconhecimento elas se converteriam em fontes de novos privilégios. Se assim o fosse, estaríamos simplesmente substituindo uma desigualdade por outra. Por isso, sob a perspectiva jurídico-dogmática, nós podemos afirmar que normas, atos administrativos, ou qualquer outro meio jurídico através do qual se institua ações afirmativas, mesmo quando aplicados dentro dos parâmetros tolerados pelo sistema constitucional, estarão sempre *"em trânsito para a inconstitucionalidade"*. Constitucionais hoje, mas certamente inconstitucionais daí a algum tempo.

> "Nas precisas palavras de Clèmerson Merlin Clève, 'A Corte constitucional, neste caso, declara constitucional a norma impugnada mas, ao mesmo tempo, alerta que ela encontra-se

---

[323] STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 816.
[324] Op. Cit., p. 810-813.

> em trânsito para a inconstitucionalidade. Ou seja, a alteração das circunstâncias fáticas ou mesmo da compreensão do significado da Lei Fundamental pode implicar, para a norma, o inserir-se num processo de inconstitucionalização'. Mais uma vez, o fator determinante dessa técnica de declaração de constitucionalidade é a interpretação da própria Constituição, no aspecto da sua atualização. A alteração das circunstâncias fáticas, do mundo concreto e real sobre o qual o texto da norma deve incidir, determina, inexoravelmente, uma adaptação da sua normatividade à evolução assim observada. No Direito brasileiro, esta técnica decisória, que no Direito alemão estaria inserida dentre as várias espécies do que lá se denomina de apelo ao legislador, pode ser aceita, desde que a norma ainda não seja plenamente inconstitucional, quer dizer, inconstitucional em todas as hipóteses interpretativas que comporta."[325]

Parece-nos que é exatamente isso o que está acontecendo nos EUA. As decisões da Suprema Corte, desde as primeiras manifestações acerca da constitucionalidade das ações afirmativas em meados da década de 60 foram ampliando progressivamente a sua tutela e os elementos justificadores de práticas baseadas em discriminações positivas (inclusive cotas), até atingir um ponto máximo em 1971, com o caso *Griggs Vs. Duke Power Company* – no qual se admitiu a teoria do impacto adverso ou diferenciado. Já a partir de 1978 percebeu-se uma ligeira inflexão, no sentido de se exercer um controle mais rigoroso sobre políticas públicas baseadas em critérios estáticos como as cotas – de que foi testemunho o caso *Bakke Vs. Regents of the University of Califórnia*. Isso não quis dizer que a partir daquele ponto as ações afirmativas tornaram-se inconstitucionais. Mas que, até pelo relativo sucesso que elas já obtiveram, no sentido de promover uma melhora significativa nas condições materiais e no *status* de indivíduos vinculados a grupos vulneráveis, caberia a partir de então, um controle mais restrito sobre os mecanismos e procedimentos por elas utilizados para atingir sua finalidade.

5.2 - A inexistência de direitos ou princípios absolutos no âmbito do sistema constitucional

[325] BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos

Ao abordarmos os limites jurídico-constitucionais para a promoção de ações afirmativas, de imediato, temos que reafirmar o pressuposto segundo o qual inexistem direitos ou valores absolutos no âmbito do sistema constitucional. Por direito ou valor absoluto entendemos aqueles que sempre predominam em face de qualquer outro e que não admite, perante a si próprio, qualquer restrição de alcance, ponderação ou concordância prática no âmbito do sistema em que está recepcionado. Se alguma exceção pode ser pensada a essa regra, seria tributada obviamente ao valor da dignidade humana – mas isto decorre da sua natureza jurídico-constitucional, que lhe confere os atributos de verdadeiro "vetor" do sistema.

E exatamente por ser sistema, a totalidade normativa se compõe por uma multiplicidade de regras e de princípios, em mútua articulação, dialeticamente relacionados, e abertos à realidade circundante. Por isso, o sistema transforma-se com a sociedade, sofre mutações, amadurece. No plano puramente normativo, princípios colidem uns com outros, atuam sobre regras modificando-lhes o sentido, ao mesmo tempo em que são por elas informados, e refluem sobre a totalidade constitucional. Certamente o que agita e "supita" a totalidade normativo-constitucional não se encontra nela própria, mas no mundo dos fenômenos, no plano da realidade político-social. O sistema normativo-constitucional, composto por regras e princípios, por ser "aberto", recebe os influxos originários da infraestrutura material, na forma de demandas judiciais, litígios e conflitos de interesse, que buscarão compor em vista do "princípio da integração". Com base em sua normatividade, devem os poderes estatais – mas, sobretudo, o Poder Judiciário – gerar respostas apropriadas a cada situação objetivamente considerada, a partir de um plano genérico e abstrato, delineado pelo "pacto constituinte".

É nesse sentido que podemos compreender a forma pela qual o sistema constitucional brasileiro tem buscado encontrar uma resposta normativa satisfatória para as demandas que se levantam contra um processo histórico marcado pela extrema desigualdade social e econômica, pela institucionalização da injustiça. Institucionalização que muitas vezes se faz sob as vestes de uma normatividade equalizadora, como na aplicação a-crítica do

---

Editor, 2002, p. 288-289.

princípio formal da igualdade – que dessa forma apenas propicia o "congelamento" ou "cristalização" da desigualdade e da injustiça. Daí porque a busca, no interior do próprio sistema constitucional – sem recorrer a expedientes supralegais ou extraconstitucionais – de mecanismos normativos capazes de propiciar a superação de certos impasses, preservando-se aquilo que foi acordado no plano valorativo, axiológico, pelo pacto fundamental posto pelo constituinte originário. Daí encontrarmos no próprio sistema constitucional os elementos propiciadores de uma justiça material/substancial.

No entanto, os elementos constituintes de uma dada normatividade reparadora não podem ser tomados como autorizados a suprimir ou obstar a realização de outros direitos fundamentais, já previamente reconhecidos e garantidos. Também não podem funcionar como obstáculo para a emergência de outros direitos que, em razão da dinâmica social, intrinsecamente conflitiva, venham a ser buscados e revelados no interior desse sistema constitucional. Aliás, de nossa parte, acreditamos que o processo de concretização e de legitimação das chamadas ações afirmativas será diretamente proporcional à capacidade demonstrada pela doutrina e pela jurisprudência para delimitar, ao menos em suas linhas gerais, os limites jurídico-normativos para a implementação de tais políticas públicas. O seu adequado enquadramento no plano constitucional, por meio do qual ao mesmo tempo em que se reconhece a sua constitucionalidade e conveniência, se busca também delimitar o seu alcance, a sua fronteira, enfim, os seus limites. Tal postura certamente contribuirá para reduzir algumas formas de resistência que contra elas ora se levantam.

Ou seja, é preciso que se deixe assente que políticas reparadoras, que instituem medidas de compensação às desvantagens atribuídas aos componentes de um determinado grupo, vítima de processos de estigmatização no passado, não acabarão por constituir novas pautas de privilégios. E, sobretudo, que sua implementação, não obstante seja capaz de frustrar algumas expectativas de direito, de forma alguma se mostram aptas a revogar direitos adquiridos ou ameaçar o núcleo essencial de direitos fundamentais de natureza individual - expressos ou implicitamente reconhecidos e assegurados pela constituição. Não se pretende substituir um quadro perpetrador de desigualdades e injustiças por outro, tão inaceitável

quanto o atual, no qual se constituiria uma espécie de “arbítrio das minorias”. Mas a realização, com a maior plenitude possível, de uma concepção de “justiça social” como eqüidade.

5.3 - A natureza ambígua ou “bifronte” do princípio da igualdade

A demarcação dos limites jurídico-normativos para a promoção de ações afirmativas baseadas em discriminações positivas reside, inicialmente, na própria natureza ambígua ou “bifronte” assumida pelo princípio da igualdade em nossa ordem constitucional. Até o presente momento, buscamos destacar a recepção pela Constituição de 1988 do princípio da igualdade em sua acepção material/substancial, superando-se definitivamente os postulados da teoria liberal-individualista que o concebeu exclusivamente no plano formal-isonômico, de “igualdade perante a lei”, com todas as insuficiências que até aqui procuramos demonstrar. No entanto, já frisamos aqui também, o fato segundo o qual, a recepção pela ordem constitucional de princípio da igualdade em sua acepção material/substancial não implica no abandono, desvalorização ou revogação do conteúdo normativo atribuído pela tradição jurídica à isonomia (igualdade formal).

Muito pelo contrário. A admissão em sede constitucional da igualdade material/substancial apenas resgata e reforça a importância jurídico-normativa da isonomia. Isto porque, passa ele agora a se colocar, não como obstáculo ou impedimento para a efetivação da igualdade material/substancial, mas como sua primeira linha de controle ou contenção. Instituídos como os dois lados de uma mesma moeda, devem articular-se dialeticamente, de forma a que um corrija as insuficiências ou excessos do outro. A concepção material/substancial do princípio deve romper os estreitos limites de sua formulação liberal-burguesa de igualdade. Deve ultrapassar seu viés ultra-individualista – reticente em face da justiça social -, mas por outro lado, cabe à dimensão formal do princípio impedir a cristalização de concepções

particularizantes que, a pretexto de tutelar interesses ou identidades coletivas e/ou grupais, atropelem e esmaguem a concepção universalitsta de indivíduo, de sua dignidade e autonomia.

Ou seja, as ações afirmativas não almejam a relativização de quaisquer elementos que sejam indispensáveis ao pleno e livre desenvolvimento da personalidade – que enquanto tal, só pode ter uma dimensão individual. O que ela visa é desconstruir as miragens edificadas pela ideologia liberal-individualista segundo as quais tal estado de livre desenvolvimento já estaria assegurado pela igualdade formal. O que se busca é demonstrar que nos termos em que hoje nos encontramos, um “negro”, pelo simples fato de ser negro, não consegue desenvolver livre e plenamente a sua personalidade da mesma forma que um “branco”. O que se deseja é que certas identidades coletivas deixem de constituir uma barreira invisível – às vezes nem tão invisível assim – para os indivíduos com elas identificados. Mas de forma alguma se busca dissolver a universalidade de direitos e de dignidade atribuída aos indivíduos pertencentes ao gênero humano, por uma federação de identidades particularizadas, autônomas entre si, produtoras de uma dinâmica histórico-social capaz de levar a alguma modalidade de auto-segregação ou de tirania do grupo sobre o indivíduo.

Enfim, em termos principiológicos, o limite jurídico-normativo à implementação de políticas públicas lastreadas em ações afirmativas reside exatamente na proteção instituída pela ordem constitucional ao núcleo essencial dos direitos fundamentais de dimensão individual. Ou seja, o plano individual limita o interesse coletivo da mesma forma que este limita o individual. A acepção formal e a material do princípio da igualdade complementam-se e atuam como mecanismo de contenção, uma em face da outra. A forma por meio da qual se estabelece esse movimento dialético, determina os instrumentos e abordagens necessários para a recíproca ponderação entre as duas dimensões do princípio da igualdade. Estando em permanente concorrência entre si, sua exata compreensão, requer, uma breve retomada dos fundamentos gerais da chamada teoria da norma jurídica – no que diz respeito à atribuição ou não de normatividade aos princípios.

5.4 - Contribuições à teoria da norma jurídica

Segundo Bonavides,[326] o processo histórico por meio do qual vieram os princípios a ter a sua normatividade reconhecida pode ser dividida em três etapas. Na primeira, denominada por fase jusnaturaista, habitariam os princípios uma esfera por inteiro abstrata, da qual se deduzia uma normatividade basicamente nula – e duvidosa – em contraste com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa (como "idéia" que inspira os "postulados de justiça"). O grande representante desta concepção teria sido Del Vecchio e, para este, os princípios gerais do direito, como aqueles evocados pelo art. 3º. , do Código Civil italiano de 1865 deveriam ser interpretados como princípios de direito natural, visto que, apenas os princípios extraídos dos textos legislativos seriam insuficientes para tornar pleno o ordenamento em face de suas lacunas. Tal crítica teria sido feita em 1921, quando já imperava na Europa a Escola Histórica do Direito, já em vias de ser substituída pelo longo e intenso período de hegemonia da tradição positivista.

Para os positivistas o ordenamento jurídico, em princípio, era pleno, e os princípios deduzidos de seu plexo normativo eram suficientes para responder aos casos mais inusitados, não compreendidos integralmente pelos parâmetros enunciados em seus códigos. No entanto, talvez com o intuito de silenciar as renitentes críticas lançadas por alguns bastiões do jusnaturalismo, passaram a admitir a sua positivação no âmbito dos próprios códigos, regulamentando-os enquanto "fonte normativa subsidiária", com o intuito de se criarem verdadeiras "válvulas de segurança" para garantir-se o reinado absoluto da lei.

Na condição de "válvulas de segurança", ficava claro que não se admitia em relação aos princípios que possuíssem normatividade que lhes permitisse se sobrepor à lei, ou que eles fossem anteriores a ela, mas sim, dela extraídos, tendo sido ali introduzidos para estender a eficácia da lei, de modo a impedir um vazio normativo.

Ainda segundo Bonavides, na terceira fase desse processo histórico, teríamos a emergência do "pós-positivismo". Tal período corresponderia aos

---

[326] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 255-295.

grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas a partir do fim da 2ª., Guerra teriam acentuado a "hegemonia axiológica dos princípios", agora convertidos em "pedestal normativo" sobre o qual assentaria o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. Nesta nova fase, o reconhecimento da natureza normativa dos princípios originou-se no âmbito das Cortes Internacionais, como se percebe pelo art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (1920) – "os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas, são aptos e idôneos para solverem controvérsias, ao lado dos tratados e costumes internacionais". Tal dicção foi transposta em 1945 para o art. 38, I, "c", do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, com ligeiras variações, pelo art. 215, 2, do Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Econômica Européia (1957).

O pós-positivismo teria dado origem a uma nova hermenêutica, na qual se destacariam tendências axiológicas para as quais a compreensão do "fenômeno constitucional" mostrou-se cada vez mais atado à consideração dos "valores" e à fundamentação do ordenamento jurídico. Conjugaria dessa maneira, em bases axiológicas, a Lei com o Direito, ao contrário do que costumavam defender algumas eminências do positivismo – segundo Bonavides -, preconceituosamente adversos à juridicidade dos princípios. Estes desenvolvimentos teriam sido levados a cabo por vários autores como Jean Boulanger, J. Esser, Karl Larenz, e Grabitz. No entanto, as contribuições mais expressivas no campo do pós-positivismo teriam sido propiciadas por outros três autores: V. Crisafulli, R. Dworkin, e R. Alexy.

De plano, tais autores, associados à contribuição de Esser, teriam rompido com a tipologia proposta por Kelsen - que distinguia "normas" de "princípios". Passaram então os pós-positivistas a compreender a primeira como gênero e a segunda, juntamente com as "regras", como suas espécies.

Uma vez fixados novos parâmetros por meio dos quais se busca compreender a dimensão normativa dos princípios, agora definido, ao lado das regras, como espécie do gênero "norma jurídica", restava elucidar melhor a natureza e a função de cada uma delas. Mas de imediato, deixava-se para trás a indagação acerca da existência ou não de atributos normativos junto aos princípios jurídicos – substituída pela indagação acerca da natureza e

amplitude dessa mesma normatividade. Ou seja, se é uma espécie normativa, normtividade possui.

Coube a Dworkin e a Alexy o esclarecimento acerca das principais características dessas duas espécies noramtivas (princípios e regras) e dos principais critérios para diferenciá-los. Para Dworkin, as regras seriam aplicadas à base do “tudo ou nada” (*on all or nothing*). Ou seja, caso ocorram os fatos nela previstos, sendo a mesma válida, a resposta já estará previamente configurada em seu enunciado, devendo ser aplicado sem maiores considerações. Esta idéia de “tudo ou nada” – ou a regra é válida e se aplica, ou não é válida, e assim, não se aplica – seria por sua vez incompatível com o padrão de normatividade dos princípios, cujos parâmetros normativos estariam situados na dimensão do “peso” ou “valor”. Esta dimensão de peso, importância, ou valor seria exclusiva dos princípios, falecendo o mesmo critério em relação às regras – estabelecendo-se aqui, segundo Dworkin, o mais seguro critério de distinção entre tais espécies normativas.

Neste sentido, se um determinado princípio for aplicado em um caso, e nele não prevalecer, nada obsta que noutras circunstâncias volte ele a ser utilizado e aceito nos termos inicialmente propostos. De igual, entre princípios, admite-se a possibilidade de que dois ou mais colidam entre si, gerando um conflito que será resolvido em face do peso ou valor atribuído a cada um no âmbito daquele caso especificamente considerado. Desta forma, um deles poderá ser afastado ou ter a sua incidência reduzida no caso em questão. No entanto, todos continuarão igualmente válidos e eficazes no plano do ordenamento jurídico.

Diversamente, em um sistema de regras, não se pode dizer que uma é mais importante do que outra. De maneira que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma prevaleça diante da outra em razão do seu peso. Aliás, tal conflito nem sequer poderá existir, será “aparente”, visto que, ou a regra é válida e se aplica, ou não se aplica por ser inválida. O conflito aparente de regras jurídicas se resolve então pelos critérios ou postulados de aplicação da especialidade, da cronologia ou da hierarquia. Por meio deles, apenas uma regra poderá ser admitida como válida e eficaz – a menos que o sistema tenha introduzido uma “regra de exceção”. No caso dos princípios, dado que estes se relacionam no âmbito do peso ou valor, busca-se entre eles

uma harmonização, por intermédio dos postulados aplicativos da “ponderação de interesses”, da “concordância prática”, dentre outros. Ou seja, o conflito entre regras se resolve no plano da “validade”, já a colisão entre princípios se resolve na dimensão da “eficácia”.

Já Alexy, ao desenvolver a sua teoria normativa material, elaborou uma concepção próxima daquela assinalada por Dworkin, articulando ele também as duas espécies (princípios e regras) no interior do gênero “norma jurídica”. Para ele, tanto regras como os princípios seriam normas na medida em que se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, tais como mandamento, permissão e proibição. Prescreve então que, tanto os princípios quanto às regras constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever, não obstante, constituam espécies diversas. Neste sentido, os princípios seriam normas dotadas de um elevado grau de generalidade, ao contrário das regras, que não obstante sejam também normas, possuem um baixo grau de generalidade.

A partir desse ponto, Alexy afirma que a distinção entre regras e princípios não pode ser reduzida a uma distinção de “grau”, mas seria ela também de “qualidade”. Propõe então um critério gradualista-qualitativo que possui como ponto determinante a compreensão dos princípios como “mandados de otimização” – âmbito no qual se distingue “qualitativamente” das regras. A principal característica dessas normas de otimização consistiria na possibilidade de serem cumpridas em graus variados, de forma que a medida de exceção imposta dependeria tanto das possibilidades fáticas quanto jurídicas. As regras, diz ele acompanhando Dworkin, seriam normas que podem ser ou não cumpridas. Mas, se uma regra é válida, ter-se-ia que fazer exatamente o que nela está previsto ou determinado, não se podendo ir além ou ficar aquém do que nela se estipulou.

Em razão de tais contribuições, o pensamento pós-positivista, evoluiu paralelamente ao movimento de positivação dos princípios no âmbito das Constituições na segunda metade do século XX. Ainda segundo Bonavides, nesse itinerário, o processo de constitucionalização dos princípios teria conhecido duas fases. Uma primeira, denominada “programática”, na qual a normatividade reconhecida aos princípios teria sido mínima; e, uma segunda, conhecida como fase não-programática, caracterizada por um forte ímpeto de

concreção e objetividade, na qual se buscou obter um grau máximo de normatividade. Na primeira fase os princípios foram afastados para um plano constitucional abstrato, sujeitos a um grau de aplicabilidade diferido. Na segunda fase, ocuparam um espaço de relevo, no qual se vislumbra sua aplicação imediata, sua dimensão objetiva e concretizadora, tudo ancorado em sua positividade expressa.

Contemporaneamente, alguns doutrinadores, boa parte deles de origem alemã, começaram a apontar supostas limitações nas concepções e tipologias adotadas por Dworkin e Alexy em suas respectivas contribuições acerca da teoria da norma jurídica. Dentre nós, destacaríamos a proposta recentemente apresentada por Humberto Ávila,[327] em um campo teórico referenciado por autores como Claus-Wilhelm Canaris e Klaus Vogel. Este nos chama a atenção para a importância atribuída nas últimas décadas para a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. Sobre a importância que devemos atribuir à construção de sentido e à delimitação da função desenvolvida a partir daquelas normas que prescrevem fins a serem atingidos, servindo como fundamento para a aplicação do ordenamento jurídico constitucional – os "princípios jurídicos". Refere-se à forma efusiva pela qual tais normas passaram a ser recebidas pela doutrina e pela jurisprudência, em sua opinião, criando-se tal euforia que acabou por levar á criação de expressões do tipo "Estado principiológico".

Admite que tal euforia acabou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que, ao final, contribuíram para inibir a própria efetividade do ordenamento jurídico – em especial a efetividade de elementos denominados por "fundamentais".

De início, já situa a discussão no plano da distinção entre princípios e regras. Firma que, de um lado, elaboraram-se distinções que separam princípios de regras em virtude da estrutura e dos modos de aplicação e colisão, tomando como "necessárias" qualidades que seriam meramente "contingentes" nas referidas espécies normativas. Aprofundando o seu entendimento, afirma que essas distinções exaltam a importância dos princípios de forma a apequenar a função das regras. Tais distinções teriam

[327] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

também atribuído aos princípios a condição de normas que, por estarem relacionadas a valores, demandariam apreciação subjetiva do aplicador, não sendo assim, suscetíveis de investigação intersubjetivamente controlável.

Neste sentido, afirma Humberto Ávila ser imprescindível a descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios, visto que, hoje, tal necessidade cedeu lugar a uma investigação circunscrita à mera “proclamação”, no entendimento do autor, muitas vezes desesperada e inconseqüente, sobre sua importância. Os princípios seriam reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que tal veneração agregue elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los.

Critica também a falta de clareza conceitual na manipulação das espécies normativas. Não apenas pela utilização de distintas categorias como se sinônimas fossem – como seria o caso, de referência indiscriminada à expressão “princípio”, comumente referido como regra, axioma, postulado, idéia, medida, máxima ou critério. De outro lado, afirma que distintos “postulados”, seriam manipulados pelo aplicador de idêntica forma, como se dá com a alusão a - crítica à proporcionalidade, muitas vezes confundida com justa proporção, com dever de razoabilidade, com proibição de excesso, com relação de equivalência, com exigência de ponderação, com dever de concordância prática, ou mesmo com a própria proporcionalidade em sentido estrito.

Mas neste aspecto, a contribuição mais importante do trabalho de Ávila parece ser a maneira como ele busca simplificar a distinção entre as espécies normativas. Demonstra que a dissociação elementar decorre do fato de as regras possuírem uma “dimensão imediatamente comportamental”, enquanto os princípios teriam uma “dimensão eminentemente finalística”. Seriam normas cuja qualidade essencial reside na determinação da realização de um “fim juridicamente relevante”. Diversamente das regras que simplesmente devem prever um comportamento e a ele atribuir uma conseqüência jurídica. Ou seja, possuem distintos padrões de normatividade, de modo que, não é que os princípios estejam abertos a uma apreciação “subjetiva” do julgador, mas abrem diversas possibilidades de realização, objetivação ou concreção por parte do aplicador – sobretudo, da administração pública. Como conseqüência, seus mecanismos de controle devem ser distintos, requerendo um instrumental

conceitual mais sofisticado, e que até o momento não havia recebido a atenção necessária, ainda que, via de regra, enfrentada no terreno correto do princípio substancial do devido processo legal. Tal distinção, em nosso entendimento, possui conseqüências muito importantes para o nosso objeto de pesquisa, seja no plano da aplicação do princípio substancial da igualdade, seja na maneira como deve se dar o seu controle pelas vias judiciais.

> "As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária á sua promoção. As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte. Ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e, preliminarmente, parciais na medida em que, sobre abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Já as regras, consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos

> os aspectos para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões."[328]

Mesmo reconhecendo que o importante não seria saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio, mas sim o modo mais seguro de se garantir a sua aplicação e efetividade, Ávila alerta para o fato de que a aplicação do direito dependeria precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se tornaria realidade. Neste sentido, a transformação de textos normativos em normas jurídicas dependeria da construção de conteúdos de sentido, em razão do "dever de fundamentação", que inicialmente os tornaria compreensíveis por aqueles que os manipulam. Assim não sendo, ficaria ainda mais difícil a sua compreensão pelos destinatários da norma. Daí a importância da distinção entre as categorias utilizadas pelo aplicador do direito. O uso desnecessário de tais categorias se contrapõe à exigência de clareza e a previsibilidade do próprio direito – elementos que seriam indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito.

5.5 - O advento dos "postulados normativos de aplicação"

Contestando a doutrina em geral, que se refere à proporcionalidade e à razoabilidade ora como princípios, ora como regras, crítica Ávila tais concepções e propõe uma nova categoria por ele denominada como "postulados normativos aplicativos". Neste sentido, enquanto a seu ver a doutrina igualaria razoabilidade e proporcionalidade, ele dissocia tal equiparação. Isto porque, a doutrina entenderia a razoabilidade como um *topos* sem estrutura ou fundamento normativo, quando em sua opinião, a tal conceito seria devida uma nobre dignidade dogmática. Da mesma forma, a doutrina igualaria "proibição de excesso" e "proporcionalidade em sentido estrito", quando em sua opinião, tais conceitos permitiriam espécies distintas de controle argumentativo. No entanto, operadas certas correções, acredita ele

[328] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 167-168.

que poderiam ser criadas as condições para incorporar a justiça no debate jurídico sem comprometer-se a racionalidade argumentativa.

> "Sua finalidade é clara, manter a distinção entre princípios e regras, mas estruturá-la sob fundamentos diversos dos comumente empregados pela doutrina. Demonstrar-se-á, de um lado, que os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos; e, de outro, que a instituição de condutas pelas regras também pode ser objeto de ponderação, embora o comportamento preliminarmente previsto dependa do preenchimento de algumas condições para ser superado. Com isso, ultrapassa-se tanto a mera exaltação de valores sem instituição de comportamentos, quanto à automática aplicação de regras. Propõe-se um modelo de explicação das espécies normativas que, ademais de inserir uma ponderação estruturada no processo de aplicação, ainda inclui critérios materiais de justiça na argumentação, mediante a reconstrução analítica do uso concreto dos postulados normativos, especialmente da razoabilidade e da proporcionalidade. Tudo isso sem abandonar a capacidade de controle intersubjetivo da argumentação, que, normalmente, descamba para um caprichoso decisionismo."[329]

Esta última questão aportada por Humberto Ávila é, para nós, da maior importância. Dado que, os fundamentos jurídico-constitucionais que autorizam e requerem a intervenção dos poderes estatais de forma a promoverem políticas públicas lastreadas em ações afirmativas, assim como, os mecanismos normativos que estabelecem os seus limites, estão instituídos na forma de "norma-princípio". Como também já havíamos afirmado a pouco, acepção formal do princípio da igualdade, que se coloca como contraface de sua acepção material. E, assim o fazendo, adquire a natureza de parâmetro de controle, para a sindicância de políticas públicas promotoras de ações afirmativas, sejam elas instituídas pela via legislativa ou pela via administrativa. Controle que se dará pelo Poder Judiciário no âmbito do chamado devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process*). E neste plano, não podemos deixar de reconhecer, acompanhando Ávila, que impera uma significativa aleatoriedade e imprecisão conceitual no manuseio dos institutos que seriam responsáveis pelo controle, o que, de fato, dificulta a avaliação de sua racionalidade argumentativa.

---

[329] Op. Cit., p. 25-26.

Neste sentido, entendemos oportuno descrever sinteticamente a sua contribuição à dogmática da interpretação e aplicação das normas constitucionais – sobretudo, as de natureza principiológica.

De saída, gostaríamos de expor um pouco melhor o seu conceito de "postulado normativo aplicativo". Este não comporia o rol das espécies normativas propriamente ditas (regras e princípios), mas estariam situados em uma outra "dimensão". Enquanto regras e princípios seriam "espécies normativas de 1º., grau", os postulados normativos aplicativos constituiriam "espécies normativas de 2º., grau". Vejamos de que forma, na opinião de Ávila, tais aspectos normativos se distinguem e a utilidade de sua nova proposta de classificação.

Para o autor acima referido, "os princípios", na condição de espécie normativa de 1º., grau, constituem normas que estabelecem fins a serem buscados, instituem, portanto, um dever de promover a realização de um estado de coisas, mas não o modo como esse dever deve ser aplicado. A passagem de um plano (estabelecimento de fins e o dever de promovê-lo) para outro (modo de aplicação e controle da efetivação desse comando) implica na superação do "âmbito das normas" para adentrar-se naquilo que denominou como o terreno das "metanormas". Teríamos aí deveres situados em um "segundo grau", e que teriam por escopo o estabelecimento de uma estrutura para a aplicação de outras normas – princípios e regras. Neste sentido, estas metanormas permitiriam verificar os casos em que ocorrem violação às normas cuja aplicação elas estruturam. Dessa forma, apenas elipticamente, admite Ávila, poder-se-ia afirmar que ocorre violação aos "postulados" da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência. Em sentido mais exato, violadas seriam as normas (princípios e regras) que deixaram de ser devidamente aplicadas.

Com isso quer se dizer que os postulados normativos situam-se em um plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação desses postulados, de fato, consistiria na sua interpretação em desacordo com a sua estruturação. Daí porque os denomina "postulados normativos aplicativos", por "metanormas" ou "normas de 2º., grau'. Nos alerta, todavia, para o fato de o qualificativo "normas de 2º., grau" não nos conduzir à conclusão de que os postulados normativos funcionariam como qualquer

norma que fundamente a aplicação de outras normas, como ocorreria com os chamados “sobreprincípios” – tais como os do Estado de Direito ou do Devido Processo Legal. Visto que, tais sobreprincípios estariam situados no próprio plano das normas que seriam objeto de aplicação, e não no plano das normas que estruturam a aplicação de outras normas. Ademais, ainda segundo o autor, os sobreprincípios atuariam como fundamento formal e material para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, diferentemente dos postulados normativos que funcionariam como estrutura previamente disposta para a aplicação de outras normas. Por isso Ávila entende que os postulados normativos aplicativos (enquanto deveres estruturantes de aplicação de outras normas) não poderiam ser considerados como princípios ou regras.

> “Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípio com postulados. As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem. Mesmo que as regras fossem definidas como normas que prescrevem, proíbem ou permitem o que deve ser feito, devendo sua conseqüência ser implementada, mediante subsunção, caso a sua hipótese seja preenchida, como o fazem Dworkin e Alexy, ainda assim a complexidade dos postulados se afastaria desse modelo dual. A análise dos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade, por exemplo, está longe de exigir do aplicador uma mera atividade subsuntiva. Eles demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual), e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato. A possibilidade de, no final, requerer uma aplicação integral não elimina o uso diverso na preparação da decisão. Também os princípios, ao final do processo aplicativo, exigem o

> cumprimento integral. E a circunstância de todas as espécies normativas serem voltadas, em última instância, para o comportamento humano não elimina a importância de explicar os procedimentos completamente distintos que preparam e fundamentam sua descoberta."[330]

Ávila reconhece que esse apartamento dos postulados normativos aplicativos (mesmo para os que o reconhecem) da categoria de regras e princípios é para muitos problemática. Para alguns eles seriam, ao lado dos chamados "deveres de otimização" uma forma específica de regras (*eine besondere form regeln*). Outros adeptos de sua compreensão como princípios reconheceriam que eles funcionam como máxima ou *topos* argumentativo, que mescla o caráter de regras e de princípios. Há também os que os enquadrariam, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintos, denominados "princípios de legitimação". E existiriam, por fim, aqueles que os definiriam como "normas metódicas". Nós mesmos, como apresentaremos um pouco mais a frente, iremos assumi-los como modalidade da espécie "princípio" – que em nossa opinião se subdivide em "postulados normativos de aplicação" e "preceitos fundamentais decorrentes da Constituição". No entanto, é o próprio Humberto Ávila que reconhece ser a denominação, em si, secundária, na medida em que o decisivo seria constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade.

Os postulados normativos aplicativos diferenciar-se-iam dos princípios e das regras quanto ao nível e quanto à sua função. Distintamente dos princípios e regras que seriam objeto de aplicação, caberia aos postulados o estabelecimento dos critérios de aplicação dos princípios e das regras. Ao contrário dos princípios e das regras que servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas, bem como, condutas cuja adoção seria necessária para atingir certos fins, os postulados serviriam como parâmetros para a realização de outras normas. De maneira que, em todos os casos de utilização de postulados, haveria necessariamente um raciocínio relativo à aplicação de outras normas do ordenamento jurídico. Neste sentido informa que, por exemplo, no exame da razoabilidade-equivalência, analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há

[330] Op. Cit., p. 123-124.

equivalência entre sua dimensão e aquilo que ela visa punir ou financiar. No exame da proporcionalidade, investiga-se uma norma que institui intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição seria promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos. No exame da proibição de excesso analisar-se-ia a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental não estaria sendo atingido em seu núcleo essencial. Tais premissas serão de grande valia quando da apreciação judicial de litígios envolvendo discriminação positiva, visto que, com base em uma avaliação nelas fundamentada é que se colocará a questão referente à existência ou não de uma restrição excessiva dos princípios fundamentais.

> "Isso demonstra que esses exames investigam o modo como devem ser aplicadas outras normas, quer estabelecendo os critérios, quer definindo as medidas. De qualquer forma, as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, é oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomeclatura. Daí a utilização do termo "postulado", a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras."[331]

Para Ávila, a definição de postulados como normas estruturantes da aplicação de princípios e regras requer a adoção de quatro procedimentos específicos de investigação e análise, para que assim se possa delimitar o seu exato sentido em nosso ordenamento jurídico. 1) a necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado normativo – o que irá requerer: a) investigação da jurisprudência dos Tribunais Superiores em busca de decisões que tenham mencionado e se utilizado de postulados normativos; b) a obtenção da integra dos acórdãos em que são mencionados os respectivos postulados. 2) análise da fundamentação das decisões para verificação dos elementos ordenados e da forma como foram relacionados entre si – o que irá requerer: a) análise das decisões e

[331] Op. Cit., p. 125.

verificação dos elementos ou grandezas que foram manipuladas; b) verificações de quais relações foram consideradas essenciais entre eles. 3) investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação – o que irá requerer: a) verificação dos elementos ou grandezas que foram manipulados; b) encontrar os motivos que levaram os julgadores a entender existentes ou inexistentes determinadas relações entre eles. 4) realização do percurso inverso: descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado, verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base nele – o que irá requerer: a) refazer a pesquisa jurisprudencial mediante a busca de outras palavras-chave; b) análise crítica das decisões encontradas, reconstruindo-as argumentativamente de acordo com o postulado em exame, de modo a evidenciar a falta, o uso ou o seu uso inadequado.

Ao final dessa reconstrução, analisando criticamente os dados recolhidos, Humberto Ávila nos propõe uma classificação para os postulados normativos aplicativos em espécies. Inicialmente define todos eles como “deveres estruturais”, deveres que estabelecem uma vinculação entre elementos e que impõem determinada relação entre eles. Daí porque também os define como formais, visto que, dependem da conjugação de “razões substanciais” para a sua aplicação. Mas ainda assim, alerta para o fato de que os postulados não funcionariam todos da mesma forma. Parte deles seriam aplicados independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento. Por exemplo, a “ponderação”, exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) e não indicaria a maneira como deve ser procedido esse sopesamento. Os elementos e os critérios não lhe seriam específicos. Também a “concordância prática” funcionária de modo semelhante, caracterizando-se como um “postulado inespecífico”, visto que, exige a harmonização entre elementos, mas não diz qual a espécie desses elementos. Neste sentido, os elementos a serem objeto de harmonização seriam indeterminados. Igualmente a “proibição de excesso” estabeleceria que a realização de um elemento não resultasse no aniquilamento do outro. No entanto, os elementos a serem objeto de preservação mínima não são indicados. No mesmo sentido teríamos o

“postulado da otimização” ao estabelecer que determinados elementos devam ser maximizados mas não diz quais e nem como o seriam.

Em situações como essas os postulados normativos exigiriam o relacionamento entre elementos, sem, contudo, especificar quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles. Seriam postulados normativos de aplicação eminentemente formais, constituindo meras “idéias gerais”, despidas de critérios orientadores da aplicação. Exatamente por isso, Ávila os conceitua como “postulados inespecíficos” ou “incondicionais”.

Em contrapartida, o autor identifica outros postulados cuja aplicação requereria determinados elementos e a sua orientação por intermédio de alguns critérios “específicos”. Será o caso – de extrema importância para este trabalho – do postulado da “igualdade”. Como pormenorizaremos mais adiante, diferentemente de como concebe Humberto Ávila neste particular, os postulados normativos de aplicação são princípios e, o princípio da igualdade, dada a sua peculiar especificação constitucional, nele se manifesta tanto como postulado normativo de aplicação (igualdade formal ou isonomia), como quanto preceito fundamental decorrente da Constituição (igualdade material/substancial). Mas segundo Ávila, enquanto postulado, a igualdade só é aplicável em um plano no qual tenhamos ao menos dois sujeitos perante algum critério discriminador vinculado a alguma finalidade. Razão pela qual só se tornará aplicável na presença de elementos específicos, tais como sujeitos, critérios de *discrímen*, além de algum objetivo especificado. Situação semelhante se daria com outros postulados normativos aplicativos, tais como os da “razoabilidade”, operável apenas a partir da relação estabelecida entre um plano geral e outro individual, ou do postulado da “proporcionalidade”, cuja aplicação se vincula à existência de uma relação de causalidade estabelecida entre meios e fins.

Em todos esses casos, de extraordinária importância para o nosso estudo, são os postulados normativos de aplicação que, por excelência, são utilizados no âmbito da jurisdição constitucional para efeitos de implementação do princípio substancial do devido processo legal. Constituem aquilo que Ávila define como “postulados específicos” ou “condicionais”. Isto porque exigem o relacionamento entre elementos específicos como critérios que devem orientar

a relação entre eles. Seriam eles também postulados normativos formais, todavia, relacionados a elementos com espécies determinadas.

> "A aplicação de outros postulados já depende da existência de determinados elementos e é pautada por determinados critérios. A igualdade somente é aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (sujeitos, critério de discrímen e finalidade). A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim)."[332]

Resumindo, alguns postulados aplicar-se-iam sem a necessidade de se pressupor a existência de critérios e de elementos específicos. É o que acontece com a "ponderação de bens", na qual se institui um método destinado à atribuição de um "peso" a elementos que se entrelaçam sem, contudo, fazer referência a pontos de vista materiais. Tomados como fonte de orientação para tal sopesamento. Igualmente no caso de aplicação do postulado da "concordância prática", exigir-se-ia a realização ao máximo de "valores" que necessariamente se imbricam. Ou ainda no caso do postulado da "proibição de excesso", por meio do qual se veda a aplicação de uma norma jurídica que restrinja de tal forma um direito fundamental que acaba por lhe subtrair um mínimo de eficácia. De outro lado, há aqueles postulados cuja aplicabilidade dependem de determinadas condições. Como acabamos de demonstrar, seria o caso do postulado da igualdade, que deve estruturar a aplicação do direito quando existe uma relação jurídica entre dois sujeitos em função de certos elementos (critério de diferenciação e finalidade de distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Em nossa opinião, o conceito de postulados normativos de aplicação, na estrutura e grau de detalhamento fornecidos por Humberto Ávila, constitui-se em uma importantíssima contribuição teórica para o aperfeiçoamento do

mecanismo de aplicação e controle de normas e outros atos estatais instituídos como decorrentes do desenvolvimento e concretização de princípios constitucionais. Ao mesmo tempo em que orientam e estruturam a sua aplicação, permitem um controle mais técnico e isento – ou ao menos intersubjetivamente controlável – da sua apreciação pelo Poder Judiciário. Possibilitam a superação de um *modus operandi* marcado por um certo voluntarismo e arbitrariedade no uso dos conceitos que, não obstante o seu manejo já consagrado pela jurisprudência e pela doutrina, ainda não haviam logrado obter o grau de clareza e previsibilidade jurídica de que deles tanto necessitamos. Sua aplicação na avaliação de políticas públicas instituidoras de ações afirmativas, quando colocadas sob o crivo do princípio substancial do devido processo legal, certamente contribuirá para um melhor equacionamento pelo judiciário dos litígios que dela se originem.

5.6 - Proposta para uma nova tipologia para os princípios constitucionais: "preceitos fundamentais" e "postulados normativos de aplicação"

Não obstante nossa concordância com as disposições por meio das quais Ávila estrutura o conceito de "postulados normativos aplicativos", sua pertinência teórica e oportunidade prática, não nos convencemos acerca da necessidade de deslocá-los para um plano paralelo ou subalterno ("metanormas", "normas de segundo grau") às espécies normativas ora assentes pela doutrina e pela jurisprudência. Afinal de contas, para nós não ficou suficientemente claro de que forma essa nova tipologia poderia compatibilizar-se com as classificações que a partir da segunda metade do século XX foram se tornando correntes, de conformidade com a breve reconstrução apresentada no início deste tópico. No campo de nossa compreensão, Ávila não chega a propor a substituição da tipologia ora predominante, ancorada basicamente nas contribuições de Dworkin e de Alexy. Até o ponto em que pudemos acompanhar, o que se fez foi apontar algumas

[332] Op. Cit., p. 130.

insuficiências e contradições no modelo aposto. Parece-nos que, os postulados normativos aplicativos, são normas – visto que não se cogita substituir a razoabilidade ou a proporcionalidade por qualquer *topos* argumentativo aleatoriamente eleito. E de que se tratam de normas jurídicas - visto que aplicadas e utilizadas como parâmetros de controle por operadores jurídicos. Não vislumbramos qual a conveniência, utilidade ou valor heurístico que recomende o emparelhamento de dois gêneros normativos mutuamente relacionados mas autônomos entre si.

Mais ainda, se os postulados normativos aplicativos existem com a finalidade de preordenar a aplicação de outras normas, na qualidade de um novo gênero, a própria utilidade lógica do conceito de “gênero” parece ficar empalidecida. Isto porque o gênero deveria constituir uma totalidade autônoma, configurada apenas pelas espécies que a habitam, não lhe sendo dado ser configurado por outro gênero que lhe é paralelo. Neste plano, um gênero só pode relacionar-se com gêneros de “outras coisas” (não pode existir um gênero humano de segundo grau, ou um gênero feminino de segundo grau). Ou seja, ou o gênero norma jurídica contém em si todas as modalidades e espécies normativas, ou então não poderá ser considerado de fato “gênero”. A saída lingüística posta pela figura “normas de segundo grau” parece-nos válida enquanto recurso estilístico, mas do ponto de vista teórico seria um equivalente à expressão “mamíferos de segundo grau”. Em vista de tal paradoxo, e levando em consideração nossa concordância com relação à natureza e os atributos conferidos aos postulados normativos aplicativos parece-nos que duas alternativas seriam possíveis: a) acomodar-se os postulados como uma terceira espécie normativa ao lado dos princípios e das regras, ou; b) concebê-los como uma modalidade de uma das duas espécies hoje admitidas.

A segunda opção nos parece teoricamente mais interessante, visto que, seguindo o autor, os postulados se aplicariam tanto na estruturação de regras quanto de princípios, não possuindo um campo independente ou mesmo autônomo de aplicação ou manifestação. Ora, se só existem por intermédio ou através de uma outra espécie normativa, não há em nossa opinião, como se justificar a sua existência como uma terceira espécie normativa no âmbito do gênero norma jurídica.

Também se apresenta problemática a sua classificação como uma modalidade de regra jurídica, devido à estrutura objetiva, marcada pelo pequeno grau de generalidade e acentuadamente preceptiva desta espécie normativa. Ademais, é corrente o entendimento segundo o qual os princípios atuam sobre as regras, inclusive atribuindo-lhes um vetor hermenêutico-interpretativo, mas a recíproca não nos parece verdadeira.

Nestes termos, em nossa opinião, a acomodação dos postulados normativos de aplicação no interior da moderna teoria da norma jurídica – cuja utilidade e necessidade teórica não colocamos em dúvida – só poderá se dar como uma das modalidades (subespécie) da espécie normativa "princípio".

Ademais, tal entendimento completa-se com a acomodação de uma outra modalidade, que também, vez por outra, reclama o seu reconhecimento normativo: os "valores". Ora, é certo que os valores inspiram e fundamentam a edição de normas para o regramento dos fatos que se desencadeiam no contexto da cultura. E que assim como os princípios e as regras, existem fora do universo jurídico. No entanto, desde o fim da 2ª. Guerra estamos assistindo a um intenso processo de positivação dos valores, seja no âmbito dos tratados internacionais – sobretudo, os que tutelam direitos humanos e o meio ambiente -, seja nas Constituições nacionais. Neste sentido, o que temos é muito mais do que uma pauta axiológica inspiradora, mas um processo de positivação que pleiteia para si efeitos tipicamente normativos.

No entanto, as mesmas dificuldades por nós apontadas para a acomodação dos postulados normativos de aplicação ao lado dos princípios e regras como espécie normativa se repete para os valores. Dado o seu elevado grau de abstração, generalidade e indeterminação (o mais amplo de todo o "universo normativo"), não se concebe a sua intervenção como espécie independente ou autônoma, senão através da sua recepção pelos princípios. No entanto, dentre os valores há aqueles que como apontamos a pouco, foram positivados de forma expressa e destacada pelos textos constitucionais contemporâneos. De modo que, para que sejam foco de produção normativa de natureza irradiante, requer-se que sejam considerados de forma especial em relação a outros valores que informam o ordenamento jurídico. Importa que sejam reconhecidos como "valores supremos" ou "preceitos fundamentais".

> "Pois bem, essa incorporação de valores pela senda constitucional provoca uma profunda transformação das concepções estritamente formalistas do Direito. Como pondera GARCIA DE ENTERRÍA: (...) um sistema jurídico ordenado por valores superiores abertos será qualquer coisa menos positivista. Há aqui a aplicação mais clara de uma jurisprudência dos valores, que vê as normas, uma por uma e todas elas, não como sistemas formais fechados e auto-suficientes, e sim como portadoras de valores de uma justiça superior, que dominam seu sentido e presidem toda sua aplicação."[333]

Em nossa Constituição, tais preceitos fundamentais estão dispostos topologicamente em lugar de máximo destaque, sobressaindo com nitidez sua pretensão hermenêutica e normativo-concretizadora. E, não obstante possam eles também ser identificados e localizados ao longo de todo o texto constitucional, estão especialmente agrupados no Preâmbulo e no Título I da Constituição Federal de 1988. Ali se destacam esses "valores supremos", esses "preceitos fundamentais", para cuja guarda e tutela o artigo 102, parágrafo primeiro, previu a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente da própria Constituição. Encontram-se nesse rol, por exemplo, os preceitos fundamentais da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade, da justiça, da fraternidade, do pluralismo, da democracia e do Estado de Direito, dentre outros.

E é nesse sentido que propomos a título de contribuição a esse debate, que evidentemente está longe de se esgotar. Que no âmbito de uma teoria da norma jurídica que ao eleger o termo "norma" como gênero e os termos "princípios" e "regras" como suas espécies, seja reconhecida a existência de duas modalidades de princípios: a) instituidores de preceitos fundamentais; b) instituidores de postulados normativos de aplicação. E não podemos nos esquecer que em nossa ordem constitucional a sua positivação pode ser tanto expressa, como se dá com os preceitos fundamentais a pouco referidos, quanto implícita, como se dá com os postulados normativos de aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade. Sobre sua fonte constitucional, dividem-se os estudiosos, há os que entendem que eles derivam da cláusula do devido processo legal, outros, como Bonavides, da cláusula aberta instituída pelo

---

[333] RAMOS TAVARES, André. **Tratado da Argüição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 130.

Constituinte originário no parágrafo segundo do artigo 5º., da Constituição Federal.

> "No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em que se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito. (...) Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador. O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como "norma jurídica global", flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o parágrafo segundo do art. 5º., o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre de natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição."[334]

5.7 - Postulados normativos de aplicação como instrumentos adequados para a estruturação, aplicação e controle de políticas públicas promotoras de ações afirmativas

Como procuramos deixar claro ao longo deste estudo, no contexto da evolução histórica da estatalidade ocidental, a realização de uma determinada concepção de igualdade (que não parou de evoluir ao longo de todo esse processo) colocou-se como parâmetro de legitimidade política e medida de justiça social.

No bojo da estatalidade contemporânea, seja ela tomada ainda na referência do Estado nacional, em sua acepção jurídico-política representada pelo Estado Democrático Social de Direito, ou na forma de uma Confederação supra-nacional como no caso da União Européia, percebe-se a atualidade

[334] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 434-436.

paradigmática do princípio da igualdade, agora, extensamente tutelada no plano de seus documentos constitucionais.

> "A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)."[335]

Daí porque, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, e aqui a Constituição brasileira não é exceção, o princípio jurídico da igualdade foi recepcionado de forma a abranger toda a complexidade política e social que ele suscita. Por isso sobressai o aspecto multifuncional que ele adquiriu no constitucionalismo atual. Como vimos acima, aqui ele se manifesta em distintas dimensões.

O processo de concretização do princípio da igualdade pode se dar tanto na via legislativa (Lei) quanto pela ação administrativa (ato administrativo). Em qualquer uma delas teremos o estabelecimento de uma "regra", genérica-abstrata ou objetivo-concreta, por meio da qual se busca a realização do "mandado" previsto no preceito fundamental decorrente da Constituição. Na estruturação, aplicação e realização desse comando pelas autoridades políticas (Legislativo e Executivo), até mesmo em face do grau de indeterminação do preceito, é possível que sejam lesados ou ameaçados direitos fundamentais de natureza coletiva ou individual. Neste contexto, aqueles que se sentem prejudicados, poderão recorrer ao Poder Judiciário (art. 5º., XXXV da CF/88) para que este tutele, de conformidade com o ordenamento constitucional, os seus direitos e interesses. Ao analisar a pretensão perante ele suscitada, o Judiciário deverá se servir de postulados normativos de aplicação ancorados no âmbito de dois princípios constitucionais autônomos, mas complementares e intimamente articulados: o próprio princípio da igualdade, na qualidade de postulado normativo de aplicação; e o princípio (substancial) do devido processo legal – por intermédio dos postulados normativos de aplicação da "razoabilidade" e da "proporcionalidade".

---

[335] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 137.

A natureza e o alcance normativo do postulado normativo de aplicação da igualdade, em nossa ordem constitucional positivado de forma expressa, no *caput* do art. 5º., da Constituição Federal, fixa-se como isonomia ou igualdade formal – conforme já parcialmente abordado no item 1.4 desta terceira parte. Todavia, gostaríamos aqui de retomar e desenvolver alguns dos seus aspectos.

O primeiro ponto a ser analisado diz respeito ao próprio critério de diferenciação. Muitos critérios podem ser utilizados para diferenciar as pessoas entre si, visto que, não obstante sejam iguais em essência (racionais, dotados de subjetividade, competentes para fala, mamíferos, bípedes, vertebrados, etc.), distinguem-se uns dos outros na forma (sexo, etnia, faixa etária, crença, forma física, língua, nível cultural, riqueza, beleza, etc.). Do ponto de vista jurídico normativo, alguns critérios são lícitos e outros ilícitos. Alguns são lícitos ou ilícitos apenas em função de certas circunstâncias, muitas delas provocadas por transformações econômicas, políticas, sociais e culturais.

Em nossa ordem jurídica a desigualdade entre homens e mulheres já foi lícita no plano do direito de família, por exemplo, deixando de sê-lo por expressa disposição fixada no *caput* e no inciso I do artigo 5º., da Constituição. A desigualdade já foi lícita também em razão da origem étnica, que durante quase quatro quintos da nossa história excluiu os negros da condição de pessoa, agregando-os ao universo jurídico da "*res*", de simples coisa ou objeto pertencente a um proprietário, a um senhor. Depois, tais desigualdades passaram a ser ilícitas, no entanto, suas conseqüências continuaram a atingir os indivíduos associados a essas coletividades de gênero e de etnia, de forma que, a igualdade jurídica (perante a lei) não se mostrou suficiente para anular ou até mesmo reduzir a desigualdade de fato.

Da mesma forma que a igualdade formal contida no princípio da autonomia privada não propiciou uma efetiva equiparação entre consumidor e fornecedor no âmbito dos conflitos de massa, normalmente regulados por intermédio de contratos de adesão, firmados entre indivíduos isolados e estruturas mercadológicas constituídas por monopólios, trustes e oligopólios. Em situações como essas, justifica-se a introdução de um critério de diferenciação (jurídica) cuja finalidade distintiva seja criar uma efetiva equiparação (de fato).

> "E assim, consagrou-se o princípio da igualdade 'real' ou 'substancial', este sim reflete um princípio de justiça na medida em que o princípio da igualdade 'formal' gerava situações de desigualdades fáticas. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90) em seu art. 4º., inciso I reconhece a vulnerabilidade do consumidor, tida como a parte mais fraca na relação de consumo. Desta feita, o legislador consumerista adota a vulnerabilidade do consumidor, para assim, alcançar a igualdade real entre fornecedor e consumidor. Todavia, este tratamento 'desigual' tem por finalidade atingir a 'igualdade real', por isso, tal tratamento não pode trazer uma desigualdade injustificada no tratamento dos homens. A afirmação de que todos os homens são iguais está em aberta contradição com os fatos. Quando se recorre a ela para fundamentar a exigência ou o postulado de que todos os homens devem ser tratados por igual, significa apenas que as desigualdades de fato entre os homens existem."[336]

Este, como se sabe é o fundamento de legitimidade atribuído às ações afirmativas e a outras modalidades de desequiparação jurídica com vistas a compensar a inferioridade a que são submetidos os indivíduos associados a certos grupos em razão de sua vulnerabilidade, hipossuficiência, etc.

No caso específico das ações afirmativas, como já apontamos ao longo dessa dissertação, o critério de diferenciação (raça, sexo, deficiência, etc.), se fundamenta em uma marginalização de fato, e têm por objetivo o resgate da dignidade individual e coletiva dos que povoam essas comunidades. Também uma reparação (material e simbólica) pelo ônus que historicamente lhes foi imposto ou tolerado pelo Estado brasileiro. Por reparação devemos entender, sobretudo, a criação de condições que lhes permitam o pleno desenvolvimento de sua personalidade em condições eqüitativas com os indivíduos associados aos grupos ou coletividades que historicamente se beneficiaram por estes padrões estigmatizantes e marginalizadores.

No entanto, os poderes estatais, no momento em que decidem concretizar tais objetivos, de resto autorizados e exigidos pela ordem constitucional – como já procuramos salientar – pode optar por selecionar um conjunto de medidas que individual ou conjuntamente, não se mostrem congruentes com o fim a que se destinam.

---

[336] BRANCO, Luiz Carlos. **Eqüidade, Proporcionalidade e Razoabilidade – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 33-34.

Isto pode ocorrer tanto em função da ineficácia das medidas adotadas, que podem se mostrar insuficientes ou até mesmo puramente “retóricas” ou tergiversantes. Como podem também, no intuito de promover uma reparação coletiva, lesar o núcleo essencial de direitos fundamentais atribuídos aos indivíduos.

Aqui é preciso que fique claro que a ordem jurídica do Estado Democrático Social de Direito não se fundamenta na estruturação de uma “federação” de identidades coletivas ou corporações. É o indivíduo o seu mínimo múltiplo comum, sendo ele também o destinatário privilegiado dos direitos fundamentais que a ele foram atribuídos e garantidos. E se grupos, gêneros e identidades coletivas são tuteladas pela ordem constitucional, eles o são primeiro como condição para que se efetive plena e livremente o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que as compõe; e em segundo lugar, para fazer cessar qualquer tipo de estigma ou marginalização que, atingindo globalmente a tais coletividades, impede, obstrui ou prejudica o livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos a elas associados.

Obviamente não se espera que se possa fazer justiça aos membros desses grupos historicamente marginalizados e excluídos sem afetar algumas “expectativas de direitos” de indivíduos pertencentes às coletividades que de alguma forma se beneficiaram do estigma e da marginalização dos “outros”. Mesmo levando-se em conta que tais indivíduos nunca tenham contribuído para tal situação, diretamente ou por intermédio de seus ascendentes mais próximos, no mínimo, o estigma e a marginalização historicamente atribuída aos “outros” lhes beneficiou na medida em que os retirou da sua “ambiência competitiva”. E é claro que aqui o Direito não pode se ater a exceções, como o caso do negro que “apesar de tudo”, conseguiu doutorar-se em medicina, ou do branco que permaneceu analfabeto. Do ponto de vista jurídico-político, a realidade demonstrou a maciça exclusão dos primeiros e uma posição privilegiada ocupada pelos segundos.

Neste sentido, dadas certas circunstâncias – que aqui não temos condições de pormenorizar e analisar – a adoção como critério para a promoção de ações afirmativas, de uma política de “cotas”, reservando vagas para afro-descendentes obterem um maior acesso ao ensino superior público, bem como, para estudantes oriundos do ensino público e outras minorias

étnicas, parece mostrar uma certa congruência entre o critério escolhido e a razão do seu fim. Trata-se, contemporaneamente, de uma das mais importantes daquelas instituições que compõe aquilo que Rawls denominou por "estrutura básica da sociedade", verdadeira pré-condição para a criação de condições de vida eqüitativas para o conjunto da população. Dessa maneira, a instituição de cotas por um período limitado e, ressalvados outros aspectos a serem investigados pelos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, não parece, de *per si*, agredir ao postulado normativo de aplicação da igualdade (isonomia).

O argumento usual, segundo o qual um estudante "branco" – ou que não tenha se auto-declarado negro – não aprovado no vestibular "em razão das cotas" – visto que na sua ausência teria obtido média suficiente para a aprovação – teria tido algum direito fundamental lesado não nos convence. Em primeiro lugar, porque, se instituídas com respeito aos parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade, as cotas subtraem apenas um percentual das vagas usualmente oferecidas no certame convencional – do qual os representantes dos grupos minoritários estavam, senão de direito, mas de fato, em sua grande maioria previamente excluídos. Sendo assim, o que ocorrerá é apenas um maior acirramento da competição entre os representantes dos grupos majoritários – que não mais disputarão entre si a quase totalidade das vagas. Em segundo lugar, nenhum candidato, com ou sem cotas, possui um "direito" a uma vaga em universidades públicas – recurso sabidamente limitado diante da enorme demanda. O que ele possui é o direito constitucionalmente assegurado de disputá-las em igualdade de condições.

Ora, tal igualdade de condições não apenas continua assegurada, mas as cotas até a aperfeiçoaram, tratando desigualmente os desiguais. Para o nosso hipotético candidato "caucasiano", o que de fato ocorrerá é uma disputa mais acirrada entre os "iguais" – que agora disputarão um universo de vagas mais reduzido. Em terceiro lugar, há que se rejeitar o argumento corrente segundo o qual um sistema de cotas descarta ou torna-se indiferente ao "princípio do mérito acadêmico". Até onde se percebe, as cotas no ensino superior não adjudicam vagas para indivíduos determinados pertencentes às minorias, mas reconhecendo-os enquanto tal, e sua condição peculiar, permite que um determinado número de vagas seja disputado entre eles, entre "os

iguais". Da mesma forma, é pelo mérito que se recrutará os candidatos para as vagas remanescentes – que de uma maneira geral corresponde à maioria delas. Por último há que se rejeitar aquele argumento segundo o qual, se o nosso hipotético candidato, ao invés de branco fosse negro, as suas notas teriam sido suficientes para a sua aprovação, termos nos quais, ele teria perdido a vaga "por causa da cor da sua pele". Ora, o fato é que, se o candidato fosse negro ele (muito provavelmente) simplesmente não teria tido uma história de vida que lhe permitisse obter aquela nota. Senão, estando na categoria dos "não-estigmatizados", teria obtido uma nota melhor do que a que de fato obteve – em comparação com os demais candidatos de origem "caucasiana".

Mas de qualquer forma, o raciocínio aqui desenvolvido é puramente exemplar e hipotético, sendo que outros aspectos podem se colocar em uma política pública promotora de ações afirmativas – estando ou não baseada em cotas – que venham a agredir o postulado normativo de aplicação da igualdade. No entanto, sendo constitucionalmente legítimo o critério de diferenciação e, havendo congruência entre este critério e a finalidade da distinção, sob o pálio do postulado da igualdade, tal política deve ser referendada.

Com relação aos postulados normativos de aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade, derivados do princípio substancial do devido processo legal, traçaremos alguns comentários acerca de sua estrutura normativa – dada a sua importância instrumental para a sindicância judicial de políticas promotoras de ações afirmativas.

Recorrendo novamente à lúcida e competente contribuição de Humberto Ávila, temos que o postulado normativo de aplicação da razoabilidade pode ser pensado em três distintas acepções. Inicialmente, a razoabilidade seria utilizada como "diretriz" que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto. Tanto no sentido de aportar sobre qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quanto na indicação de quais as hipóteses em que o caso individual, dadas as suas especificidades, deixaria de se enquadrar na norma geral. Tomando, por exemplo, a hipótese a pouco desenvolvida em torno das cotas nas universidades públicas, seria o caso de um estudante "afrodescendente", que por algum motivo assim não se declarou

na inscrição do certame, mas que, ao final, reivindicou essa condição – visto que, neste enquadramento, suas notas lhe seriam suficientes para a sua aprovação. O caso (hipotético) assim apresentado não quer dizer que implicaria, necessariamente, no deferimento da pretensão do autor que se socorresse no judiciário para que sua condição fosse considerada, e a vantagem a ela conferida, lhe fosse adjudicada, independentemente da observação pela sua pessoa da regra que requeria a auto-declaração prévia. Até porque, em uma situação como essa, seria preciso considerar também outros aspectos referentes a terceiros que agiram de boa-fé. Mas teríamos aqui uma situação que se configuraria como passível de apreciação pelo postulado da razoabilidade nos termos da adequação norma geral/especificidade do caso individual.

Em um segundo plano, a razoabilidade pode ser empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja em face da necessidade de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, ou mesmo demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Neste sentido, poderíamos imaginar uma situação inversa em relação ao exemplo anterior, nos seguintes termos. Dada a natureza sabidamente miscigenada da sociedade brasileira, um cidadão de aparência acentuadamente “caucasiana”, com pais e avós apresentando um biótipo semelhante, com base em um exame de DNA, demonstra que em algum ponto de sua ascendência genealógica aportou-se alguma contribuição de origem africana. Ora, por mais correta e indiscutível que seja esta alegação, ela implicaria, caso fosse aceita, em um desvirtuamento no plano fático-empírico, do fim a que a ordem jurídica pretendeu atingir. Desfaz-se o plano de congruência inicialmente traçado entre a medida (discriminação positiva) e o objetivo por ela almejado (promoção social daqueles indivíduos que por trazerem as marcas de um grupo estigmatizado têm o livre desenvolvimento de sua personalidade coartado em alguma medida). Obviamente, com esse exemplo, não se imagina que o Judiciário possa se transformar em uma arena, na qual, litigantes passariam a discutir entre si quem é “mais negro” do que o outro. Mas sim, se um dado indivíduo, que reivindica para si um tratamento favorecido, traz em seu corpo ou em sua história marcas do estigma que a ordem jurídica visa compensar.

Por último, a razoabilidade deve ser utilizada como diretriz que exige equivalência entre duas grandezas. De forma semelhante ao que dispomos na exigência de congruência, impõem-se uma medida de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Neste sentido, exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim (como se verá no exame da proporcionalidade). Seria o caso, por exemplo, de uma medida que, ao invés de reservar um percentual de vagas, em certame vestibular, para candidatos afrodesendentes, opta por limitar o número de candidatos caucasianos autorizados a se inscrever. Ora, se a discriminação positiva visa a promoção de um determinado grupo, não é razoável que para atingir-se tal desiderato ela o faça limitando arbitrariamente, por ordem de inscrição, os interessados de um outro grupo não afetado por essa política. Neste caso, o critério (discriminação positiva) não possui nenhuma equivalência com a medida (limitação do número de inscritos dos indivíduos pertencentes aos grupos não beneficiados). Daí sua irrazoabilidade e a necessidade de sua rejeição.

Quanto ao postulado normativo de aplicação da proporcionalidade, de início, o mais importante é deixar claro que, apesar do nome, este não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Segundo Ávila, ele somente se aplica em situações nas quais exista uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal modo, que se possa proceder aos três exames fundamentais que confere sentido e conteúdo ao postulado. O da “adequação”, por meio do qual, se indaga se o meio escolhido de fato promove o fim que almeja. O da “necessidade”, por meio do qual se tenta responder se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim não existiria outro meio menos restritivo para os direitos fundamentais afetados. E por último, o da “proporcionalidade em sentido estrito”, por meio do qual se indaga se as vantagens obtidas pela promoção do fim corresponderiam às desvantagens provocadas pela adoção do meio.

Nestes termos, a proporcionalidade na condição de postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim não possuiria aplicabilidade irrestrita. Isto porque, sua aplicação dependeria de elementos

sem os quais não pode se manifestar – um “meio”, um “fim”, e uma “relação de causalidade” entre eles. Inexistindo tais elementos, com essa disposição, não haveria aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu “caráter trifásico”. Segundo Ávila, um outro problema residiria na sua forma de funcionamento:

> “Existe aparente clareza quanto à circunstância de o postulado da proporcionalidade exigir o exame de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os meios devem ser adequados para atingir o fim. Mas em que consiste, precisamente, a adequação? Os meios escolhidos devem ser necessários dentre aqueles disponíveis. Mas o que significa ser necessário? As vantagens da utilização do meio devem superar as desvantagens. Mas qual o sentido de vantagens e relativamente a quê e a quem elas devem ser analisadas? Enfim os três exames envolvidos na aplicação da proporcionalidade só aparentemente são incontroversos. Sua investigação revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena de, a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos.”[337]

Passemos então, a um exame mais pormenorizado da “adequação”. Ela exigiria uma relação empírica entre o meio e o fim, na qual o meio efetivamente realiza o fim. Segundo Ávila, isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (não necessariamente do próprio meio, mas do processo no qual ele está inserido) possa contribuir para a promoção “gradual” do fim. Ou seja, na aferição da adequação não se exige que o processo seja capaz de atingir o seu objetivo subitamente, de chofre, mas que demonstre que avança no sentido de concretizá-lo progressivamente.

Neste sentido, a compreensão da relação entre meio e fim exigiria respostas a três perguntas fundamentais: 1) o que exatamente se pode entender como um meio adequado à realização de um fim? 2) de que maneira devemos analisar a relação de adequação? 3) qual deveria ser a intensidade do controle das decisões adotadas pelo Poder Público?

Segundo Ávila, para respondermos à primeira pergunta teríamos que analisar as espécies de relação existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deseja promover. Dever-se-ia analisar essa relação em três

[337] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 149.

aspectos: quantitativo, qualitativo e probabilístico. Ao final de tais ponderações deve-se responder a seguinte questão: o administrador e o legislador estão obrigados a escolher o meio mais intenso, o melhor e o mais seguro para atingir o fim, ou teriam o dever de escolher um meio que "simplesmente" promova o fim?

O administrador e o legislador teriam o dever de escolher "simplesmente" um meio apto para a promoção do fim – entende Ávila. Os motivos seriam vários. Mas fiquemos com um deles, a título de exemplo. Nem sempre seria possível, ou até mesmo plausível, saber qual dentre todos os meios igualmente adequados, seria o mais intenso, o melhor e o mais seguro na realização do fim. Tudo dependeria de informações e de circunstâncias que, na maior parte das vezes, estão indisponíveis para o administrador. Nestes termos, poderia a administração pública inviabilizar-se, e com ela, também a promoção satisfatória de seus fins, se dela se exigir, na tomada de cada decisão, por insignificante que parecesse, avaliar exaustivamente todos os meios possíveis e imagináveis para se atingir o fim que lhe foi colimado pelo ordenamento jurídico.

A resposta à segunda pergunta – como se deveria analisar a adequação? – implica na definição de quais aspectos devem ser observados em três dimensões: abstração/concretude; generalidade/particularidade; antecedência/posteridade. Ao final, Ávila conclui:

> "Neste sentido, pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim. Tratando-se, porém, de atos meramente individuais – por exemplo, atos administrativos – a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim. Em qualquer das duas hipóteses, a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador. Isso porque a qualidade da avaliação e da projeção – e, portanto, a atuação da administração – deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação. É imperioso lembrar que o exame da proporcionalidade exige do aplicador uma análise em que preponderam juízos do tipo probabilístico e indutivo."[338]

[338] Op. Cit., p. 155.

Quanto à resposta da terceira pergunta, referente ao critério da adequação – qual deveria ser a intensidade do controle das decisões adotadas pela administração? – Ávila entende ser imprescindível analisar a questão sob dois níveis de controle possíveis: um controle forte e um controle fraco. Em sua opinião, em um modelo forte de controle, qualquer demonstração de que o meio não seria apto para a promoção do fim seria suficiente para declarar-se a invalidade da atuação administrativa. Já em um modelo fraco de controle, somente uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada poderia conduzir à declaração de invalidade da atuação administrativa concernente à escolha de um meio para atingir um determinado fim. Indagando sobre qual desses modelos seria o mais legítimo, de conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, ele se decide pelo "modelo fraco de controle":

> "Pois bem, qual desses modelos está, de modo mais plausível, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro? O modelo fraco de controle, pelos seguintes motivos. Em primeiro lugar, o princípio da separação dos Poderes exige um mínimo de autonomia e independência no exercício das funções legislativa, administrativa e judicial. Assegurado um mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador, não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio eleito pela administração para escolher o fim. O exame do entrecruzamento entre o dever de preservar a liberdade do legislador e o dever de proteger os direitos fundamentais do administrado revela abstratamente uma encruzilhada em que se resguarda um âmbito mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador. Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador. Essas considerações levam ao entendimento de que o exame da adequação só redunda na declaração de invalidade da medida adotada pelo Poder Público nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta. Caso contrário deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente."[339]

Respondida a terceira pergunta e uma vez explicitado o critério da adequação, passemos para a analise do critério da "necessidade". O seu exame envolveria a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelos Poderes Legislativo ou Executivo – desde que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade,

os direitos fundamentais afetados. Dessa forma, o exame da necessidade envolveria duas etapas de investigação: a) em um primeiro momento, far-se-ia o exame da equivalência de adequação dos meios, verificando se os meios alternativos promoveriam igualmente o fim; b) já em um segundo momento, far-se-ia o exame do meio menos restritivo, para na seqüência examinar se os meios alternativos restringiriam em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Ávila nos adverte no sentido de que o exame da necessidade não se poderá fazer de forma singela. Recorda que, a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade preliminarmente pública pode envolver certa complexidade. Visto que, a comprovação de meios cuja intensidade para a promoção do fim é a mesma, quando a variação se dá apenas em relação ao grau de restrição, torna fácil à escolha do meio menos restritivo. No entanto, quando os meios são diferentes, não apenas no grau de restrição dos direitos fundamentais, como também no grau de promoção da finalidade, as escolhas podem se mostrar difíceis. Não seria fácil escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental, mas em contrapartida, promoverá pouco o fim colimado; e um outro meio que, ao mesmo tempo em que promove intensamente o fim, provoca restrições a direitos fundamentais na mesma intensidade. Nestas circunstâncias, a ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção seria inevitável. Por isso é necessário que o processo de ponderação esclareça, preliminarmente, o que está sendo objeto de ponderação, a ponderação propriamente dita, e a reconstrução posterior da ponderação.

Por último, fechando o nosso breve estudo, temos o critério da "proporcionalidade em sentido estrito". Para a sua apuração exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Ávila nos diz que sua natureza se revela a partir da pergunta: o grau de importância da promoção justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais por ela atingidos? Segundo o autor, a pergunta poderia ser posta também em outros termos: as vantagens causadas pela promoção do fim seriam proporcionais às desvantagens

[339] Op. Cit., p. 157.

causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada? Chega-se então a um exame complexo, na medida em que o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será considerado como desvantagem dependeria de uma avaliação fortemente subjetiva. Isto porque, em regra, um meio seria adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo – como a proteção ao meio ambiente, aos consumidores e demais grupos vulneráveis, de conformidade com os pressupostos da "teoria dos deveres de proteção" – e a sua adoção causaria, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.

Acreditamos ser de grande importância, em um trabalho no qual se discute um tema que desperta reações apaixonadas, na defesa de entendimentos antagônicos, a apresentação de critérios normativos que permitam uma adequada estruturação e avaliação dos interesses em conflito. Sendo assim, nos parece de suma importância à apresentação, analise e aplicação de todos os aspectos jurídico-interpretativos que deverão ser postos diante da jurisdição constitucional. Foi nestes termos que o procuramos fazê-lo aqui, ainda que de forma sucinta.

5.8 - Estatuto da Igualdade Racial e autoclassificação compulsória: uma breve análise:

Tramita no Congresso Nacional, já tendo sido aprovado no Senado e aguardando manifestação da Câmara, o projeto de lei n. 3.198/00, de autoria do à época Deputado Paulo Paim (ora Senador), conhecido como Estatuto da Igualdade Racial. Trata-se do mais elaborado e abrangente texto legislativo até o momento apresentado em torno da promoção de ações afirmativas no Brasil. Têm-se um diploma normativo que, acaso venha a ser aprovado nos termos em que se encontra, representaria, de fato, uma mudança profunda na postura do Estado e da sociedade brasileira no que diz respeito à chamada "questão racial".

Composto a partir de três distintos títulos (disposições preliminares, direitos fundamentais, disposições finais), o referido projeto de lei introduz aspectos referentes à promoção da população afrodescendente. E o faz nos âmbitos da saúde, educação, cultura, esporte, lazer, liberdade de consciência e de crença com a disciplina do livre exercício dos seus cultos religiosos, aspectos ligados à questão da terra e conflitos fundiários (remanescentes dos quilombolas), e promoção no mercado de trabalho. Ademais, o projeto estabelece um amplo sistema de cotas e institui o Fundo de Promoção da Igualdade Racial.

O projeto de lei inova de forma corajosa na promoção de inúmeros aspectos que até recentemente encontravam-se ausentes no campo de discussões referente às ações afirmativas. Estabelece preocupações específicas, por exemplo, no âmbito das políticas públicas de saúde, voltadas objetivamente para a população afrodescendente – como as medidas de prevenção e apoio referentes à "anemia falciforme" que atinge de forma mais específica este segmento da população brasileira (art. 14, *caput*, e parágrafo 2º.). Dispõe sobre a utilização do Fundo de Promoção da Igualdade Racial para o incentivo, a criação e à manutenção de micro-empresas administradas por afrodescendentes como forma de estímulo ao seu espírito de empreendimento e reforço a sua autoconfiança e estima (art. 26, IV). Procura estimular os afrodescendentes a assumirem a sua identidade ao lhes conferir prioridade na destinação dos recursos do Fundo Nacional de Promoção da Igualdade Racial, desde que tenham sido identificados no registro de nascimento como "pretos", "negros" ou "pardos" (art. 29).

Em seu capítulo VII, institui um amplo sistema de cotas no âmbito dos concursos para investidura em cargos e empregos públicos, na administração pública federal, estadual, distrital e municipal, seja na administração direta ou indireta. Assim também procedeu no que diz respeito aos cursos de graduação (públicos e privados) e aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES), exigindo a autoclassificação da condição de afrodescendente no ato da inscrição (art. 52, *caput*, incisos e parágrafo único). A exemplo do que já havia ocorrido em relação à questão de gênero (mulheres), o projeto obriga os Partidos Políticos a reservarem 30% de suas vagas para a disputa dos pleitos eleitorais aos afrodescendentes (art. 53). E,

por fim, fixa uma cota mínima de 20% para afrodescendentes junto às empresas com mais de 20 empregados (art. 54).

> CAPÍTULO VII
> **Do Sistema de Cotas**
> Art. 52. Fica estabelecida a cota mínima de vinte por cento para a população afro-brasileira no preenchimento das vagas relativas:
> I – aos concursos para investidura em cargos e empregos públicos
> na administração pública federal, estadual, distrital e municipal, direta e indireta;
> II – aos cursos de graduação em todas as instituições de educação
> superior do território nacional;
> III – aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES).
> Parágrafo único. Na inscrição, o candidato declara enquadrar-se nas regras asseguradas na presente lei.
> Art. 53. Acrescente-se ao art. 10 da Lei 9.504, de 30 de setembro
> de 1997, o § 3o-A, com a seguinte redação:
> “Art. 10. .....
> .....
> § 3o-A. Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar
> o mínimo de trinta por cento para candidaturas de afrobrasileiros.
> ..... (NR)”
> Art. 54. As empresas com mais de 20 empregados manterão uma
> cota de no mínimo vinte por cento para trabalhadores afro-brasileiros.

Como não temos – nem pretendemos, dadas às limitações desse trabalho – a pretensão de proceder a uma avaliação crítica e abrangente ao referido projeto de lei, é bom que se diga que, apesar do destaque que demos acima ao sistema de cotas, a multiplicidade de meios através do quais ele procura promover as ações afirmativas é digna de nota. Mas não restam dúvidas também de que, acaso a Câmara aprove o projeto nos termos em que ele se encontra, muitos seriam os questionamentos referentes à constitucionalidade de diversos dispositivos do texto. Só a título de exemplo – e sem o intuito de aprofundar a reflexão sobre este ponto – poderíamos fazer referência ao art. 46, II. Tal dispositivo a par de fixar uma “meta” inicial de 20% para afrodescendentes junto ao Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS) da administração pública centralizada e descentralizada, estabelece que

a mesma deva ser ampliada gradativamente até corresponder com a estrutura da distribuição racial nacional e/ou estadual – de acordo com os dados demográficos oficiais. Trata-se, a primeira vista, de dispositivo que pode ser tomado como hábil à criação de um processo de "racialização" da administração pública, tendente a transformá-la em uma espécie de "federação étnico-racial".

No entanto, mais complicado ainda, a nosso ver, são uma série de dispositivos que instituem a autoclassificação racial compulsória como pré-condição para o gozo de direitos fundamentais assegurados, em relação aos quais, o constituinte não estabeleceu nenhuma restrição. Trata-se de dispositivos cuja inconstitucionalidade dispensa um exame normativo mais rigoroso, nos termos do princípio substancial do devido processo legal, como exposto no tópico anterior. Isto porque, da maneira como foram enunciados os dispositivos, caso o cidadão se recuse a se autoclassificar, teria o acesso impedido ou suspensos os benefícios referentes a uma grande gama de direitos sociais (por exemplo, no âmbito da seguridade social) cuja fundamentalidade prevista expressamente no artigo 6º., da Constituição Federal é indiscutível. Tais dispositivos, por exemplo, no plano dos serviços de saúde, exigem a autoclassificação para o preenchimento válido de todos os documentos que lhe facultam a inclusão e o gozo dos benefícios disponibilizados pelo sistema. É o que se presume pela dicção do art. 11, *caput* e incisos do referido projeto de lei:

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

Tais requisitos são repetidos nos dispositivos referentes à seguridade social (art. 16, *caput*), aos registros públicos (art. 17, *caput*), à educação e

cultura (art. 23, *caput*), para o acesso ao serviço público (art. 46, II), e até mesmo para o exercício de cargo, função ou emprego nos setores público e privado (art. 48, *caput*, e incisos).

Ora, o estabelecimento do quesito raça/cor poderia perfeitamente ser introduzido em todos os documentos em uso, por exemplo, no Sistema Único de Saúde (SUS), tal como disposto, nos diversos incisos do art. 11 do projeto de lei 3.198/00. Mais ainda, a base de dados coletada por tais documentos e pelos outros dispositivos ao longo do projeto poderiam ser utilizados como requisito para a inclusão de eventuais pretendentes/beneficiários dos programas de ação afirmativa. Daí porque, inclusive, a conveniência de que tal autoclassificação se faça de forma voluntária – e não de forma obrigatória, como se prevê no projeto de lei.

No entanto, indaga-se, se um determinado cidadão se recusar a autoclassificar-se perante algum órgão da seguridade social, como prevê o art. 16 do projeto de lei, será ele impedido de receber benefícios que a Constituição lhe assegurou? Poderia o legislador, por meio de lei ordinária, restringir um direito fundamental previsto na Constituição sem qualquer menção à “reserva de lei”? E mais ainda, não seria tal exigência uma afronta à inviolabilidade da intimidade do indivíduo, tutelado no inciso X, do art. 5º., da CF/88? Visto que, a autoclassificação, ao obrigar o indivíduo a assumir publicamente uma dada identidade racial, pode forçar, burocraticamente, o cidadão a adotar um padrão de identidade que, em face de nossa formação notoriamente miscigenada, pode ser compreendida como uma exposição pública constrangedora, indesejável e invasiva. Obstar o pleno gozo de direitos fundamentais por sua recusa a autoclassificar-se racialmente poderia ainda ser tomado como violação ao inciso VIII do art. 5º., da CF/88, dado que a recusa pode perfeitamente estar amparada em uma legítima convicção filosófica ou política. E se a questão for compreendida neste plano, tal imposição (autoclassificação racial obrigatória) não poderia ser instituída sequer por meio de emenda à Constituição.

Outra questão de máxima importância que o projeto de lei não deixa claro diz respeito às escolhas que esta autoclassificação disponibilizará para os cidadãos. Por lidar com a identidade pessoal e coletiva dos cidadãos, esta questão deveria ser tratada com máximo cuidado. Alguns representantes do

movimento negro, por exemplo, parecem entender que as escolhas deveriam ser limitadas às categorias branco/negro. Isto porque, a introdução de categorias intermediárias, dada ainda à persistência de imagens negativas e estereotipadas acerca da raça negra, induziria parte daqueles que poderiam com ela se identificar, a optar por uma identidade um pouco mais "neutra politicamente". Na visão de alguns militantes, isso dificultaria a formação de uma identidade cultural afro-brasileira pautada na auto-percepção de sua "negritude". Por isso, dentre outros motivos, criticam a chamada "fórmula da mestiçagem" e tudo o que, em sua opinião, está a ela associado.

> *"*Tanto direita como esquerda compõe as suas percepções da sociedade brasileira com base nas premissas de Casa Grande e Senzala. O texto, em ultima analise, parte de uma versão de raça biológica e trabalha como solução dos conflitos sociais possíveis pela formula da mestiçagem. Para os seguidores da idéia da mestiçagem, esta resolveu todas as possibilidades de conflito e reivindicação étnica no país. Assim não faria sentido *histórico* (grifando o histórico pela sua importância conceitual, pois o problema não é biológico e sim material) nenhuma especificidade, todos ficam igualmente brasileiros e mestiços. A mestiça biológica é confundida com a econômica e social. "*Eu sempre brinco se a mestiçagem foi a solução o meu protesto é que se esqueceram de miscigenar a minha conta bancária com a do escravizador. Se tivessem feito isto seriamos igualmente brasileiros e todas as nossas histórias teriam perdido a particularidade étnica"*.[340]

No entanto, esta não nos parece ser esta a melhor solução, sobretudo, em vista de diversos comandos constitucionais que parecem indicar o território da consciência individual como soberano na manifestação pública de aspectos relativos à sua identidade racial. E mesmo que, a autoclassificação passe a ser tida como facultativa, seria necessário que esta reconhecesse o que é notório: por mais que isso possa desagradar alguns militantes, o Brasil constituiu-se em uma sociedade miscigenada e, como vimos no terceiro capítulo desta terceira parte de nossa dissertação, este quadro, já há muito tempo constitui um traço dos mais destacados do nosso "Ser-social".

---

[340] CUNHA JR, Henrique. **Movimento Negro após a Conferência Nacional da Promoção da Igualdade Racial**. In Revista Espaço Acadêmico, ano V, n. 51, agosto/2005. Disponível em: http://www.espacoacademico.com.br/051/51cunhajr.htm. Acesso em: 10 jan.2007.

Isto porque, não obstante toda a manipulação ideológica que se fez e se faz sobre o tema, tal fenômeno não foi criado pelo Estado ou por uma iniciativa deliberada das lideranças políticas (de esquerda ou de direita) que ao longo de nossa história dominaram o sistema político brasileiro. Mas decorreram de uma produção cultural livre a autêntica. É o produto de uma "meta-narratividade" estabelecida no âmbito sócio-cultural na forma de um "grande diálogo" entre referências de todos os quadrantes da "nação brasileira" – cujo conceito e identidade não podem ser postos em discussão de conformidade com o próprio espírito da CF/88. Ou seja, não está colocado – ao menos no plano jurídico-constitucional – a edificação de um Estado estruturado com base em uma "federação racial".

Por isso não se discute a extrema importância do resgate, da valorização e da promoção de todas as identidades particulares que contribuíram e contribuem para a formação de nossa identidade nacional – e é a própria Constituição Federal, no âmbito da Ordem da Cultura, que as reconhece e tutela a contribuição de tais identidades particulares. Mas o fato é que a "parte" não pode ter a pretensão de sobrepor-se ao "todo". Por isso, reconhecendo-se o fenômeno histórico, social e cultural da miscigenação, é preciso não apenas disponibilizar opções que correspondam a este perfil miscigenado da população, mas que tais opções (disponibilizadas pelos procedimentos "facultativos" de autoclassificação) sejam isentas de uma conotação semântica depreciativa – como ocorre com expressões do tipo "pardos" ou "mulatos". Não se trata aqui de zelo excessivo às premissas "politicamente corretas", mas pura e simplesmente de demonstração de respeito à pluralidade étnica que constituiu historicamente o país e à auto-consideração dos seus cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

As políticas públicas que objetivam estabelecer ações afirmativas vêm sendo instituídas de forma progressiva desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Dado o histórico de desinteresse por parte da sociedade, e de letargia dos Poderes Públicos, especialmente observado no período anterior à nova Carta, o progresso que se obteve nos últimos dezoito anos não foi nada desprezível.

Avançou-se de forma significativa na tutela de alguns grupos específicos – especialmente deficientes físicos. Não que se tenha atingido aí uma situação exemplar ou de excelência, mas rompeu-se com o processo de "naturalização do sofrimento", no qual o Estado e a sociedade, quando se dignam a reconhecer a existência do problema, "dão com os ombros", como se aquilo decorresse de uma lei da natureza e seguem em frente. Percebeu-se uma maior atenção na estruturação dos espaços urbanos, nos meios de transporte coletivo, sinalização e vias de acesso em alguns dos nossos mais importantes centros urbanos. E, sobretudo, pôde-se perceber uma mudança de relevante

significação no mercado de trabalho, com a vigência de uma legislação que introduziu cotas para deficientes nas empresas no setor privado e uma maior fiscalização sobre o seu cumprimento por parte de fiscais e auditores do INSS e do Ministério do Trabalho – além da ação destacada do Ministério Público do Trabalho.

No que diz respeito à tutela de gênero, também houve melhoras perceptíveis na condição das mulheres, com alterações significativas no plano das relações de família e no mercado de trabalho – decorrentes em sua maioria de disposições instituídas diretamente pelo texto constitucional. Mesmo assim, até hoje não se deu a regulamentação do inciso XX do art. 7º., da CF/88. No que diz respeito ao combate à discriminação, a jurisprudência trabalhista avançou muito ao punir de forma exemplar diversas situações caracterizadoras de práticas de assédio sexual. Mas no âmbito da legislação propriamente dita, pouco se avançou com a edição da Lei 9799/99 – que introduziu o artigo 373-A, na CLT. Não deixa, por outro lado, de ser alvissareira as iniciativas em torno das Leis 9100/96 e 9504/97, com o intuito de promover a participação das mulheres junto às estruturas responsáveis pela gestão do poder político no país, disciplinado a questão a partir da base, no processo de escolha e indicação de candidatos a cargos eletivos pelos Partidos Políticos.

Houve avanços significativos na tutela de alguns grupos vulneráveis como crianças, adolescentes e idosos – com a edição dos seus respectivos Estatutos. No âmbito da infância e juventude, muitos dos avanços obtidos são às vezes empalidecidos pela manifestação recorrente de ações criminosas envolvendo menores, o que acaba por atrair toda uma série de críticas – na maioria das vezes mal colocada – que questionam a forma como tais políticas públicas tutelam esses indivíduos, com base no conceito de “ser-humano em formação”. De fato, temos aqui coisas diferentes, visto que ninguém em sã consciência pode acreditar que o aumento da violência urbana decorre de políticas públicas instituídas com o objetivo de tutelar a infância no país. Mas é bastante plausível a tese segundo a qual o envolvimento de menores com ações criminosas decorre exatamente da sua insuficiência. No caso dos idosos, os avanços trazidos pelo Estatuto também foram significativos – ainda que algumas medidas nele contidas, como a que concede gratuidade na utilização de transporte coletivo interestadual, tenham sido procrastinadas

pelas empresas por meio de recursos ao judiciário. No entanto, de forma mais ampla, as medidas mais importantes de tutela da terceira idade decorreram, também, diretamente do texto da Constituição, como a incorporação dos trabalhadores rurais à seguridade social e, em seguida, por via legislativa, pela aprovação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Em todos esses segmentos, não obstante tenhamos claro que se poderia ter avançado muito mais, ao menos não se observou uma resistência muito intensa com relação à sua tutela pelo Poder Público através de ações afirmativas. Situação bem diversa daquela que se observou quando a discussão se transferiu para as questões referentes à raça/etnia/cor. Nesse plano tudo se mostrou muito mais complicado.

Talvez isso ocorra por já termos nos acostumado com aquilo que o Jornal Folha de São Paulo denominou por "racismo cordial",[341] e que outrora, já chegamos a batizar por "democracia racial". Já se disse muito, sobretudo, no meio acadêmico, que no Brasil existe preconceito quanto a se ter preconceito. Daí porque, a grande maioria da população, quando indagada individualmente, diz não possuir sentimentos preconceituosos. Mas quando a elas se pergunta se no Brasil existe preconceito, a concordância é praticamente unânime. Como vimos em alguns trechos desse trabalho, a própria contribuição histórica trazida pela miscigenação mostrou-se, do ponto de vista do combate ao preconceito e à discriminação, ambígua. De um lado impediu a manifestação de sentimentos mais intensos e violentos de ódio racial e segregação observados em outras sociedades. De outro, impediu ou dificultou a formação de uma consciência acerca do problema e a articulação de práticas políticas voltadas para o enfrentamento e razoável equacionamento da "questão racial" no país. E motivos para isso não faltam:

> "Estudo feito com base na Pesquisa Mensal de Emprego (PME) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra que os brasileiros que se declaram negros ou pardos têm um rendimento médio equivalente à metade do que é recebido pela população branca, além de possuírem escolaridade inferior aos últimos. De acordo com o instituto, os negros e pardos recebiam, em média, R$ 660, 45 em setembro deste ano (2006). Esse valor representava 51,1% do rendimento médio da população

[341] TURRA, Cleusa; VENTURI, Gustavo (org.). **Racismo Cordial – a mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil** (Folha de São Paulo / Datafolha). São Paulo: Editora Ática, 1995.

> que se declara branca (R$ 1.292,19). Em todas as regiões pesquisadas, os negros e pardos possuíam rendimentos inferiores aos dos brancos. Mas em Salvador as diferenças foram ainda maiores, já que negros e pardos recebiam pouco mais de um terço do que ganhavam em média os brancos. Porto alegre registrou a menor diferença nos rendimentos recebidos. A taxa de desocupação dos negros e pardos (equivalente a 11,8% desses trabalhadores) é superior à dos brancos (8,6%). Segundo o IBGE, que realiza a PME em seis regiões metropolitanas do país (Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo), em setembro de 2006, a população negra ou parda representava 42,8% das 39,8 milhões de pessoas com 10 anos ou mais (considerada idade ativa) nestas áreas."[342]

Esse mesmo estudo registra que junto à população em idade ativa, formada por negros e pardos, estes possuíam, na média, 7,1 anos de estudo – um ano e meio a menos que a população branca (8,7 anos em média). Entre a população jovem de negros ou pardos com 10 a 17 anos, 6,7% não freqüentavam a escola - contra 4,7% dos brancos. Em contrapartida, 25,5% dos brancos com mais de 18 anos freqüentavam ou já haviam freqüentado curso superior – enquanto na população negra ou parda tal percentual caía para 8,2%. E ainda assim, o IBGE registrou uma ligeira elevação neste indicador em comparação com setembro de 2002, quando o índice de negros ou pardos que freqüentavam ou que já tinham freqüentado um curso superior era de 6,7%. Daí porque, segundo o IBGE, apesar da soma da população negra e parda corresponder a 42,8% da população em idade ativa, correspondiam a 50,8% da população desocupada. Ainda segundo o mesmo levantamento do IBGE, em setembro de 2006, 59,7% dos empregados com carteira assinada no setor privado eram brancos, frente a 39,8% de negros e pardos. E mesmo que a população branca fosse também superior entre os que não tinham carteira assinada (54,5%), e entre os trabalhadores autônomos (55,0%), negros e pardos representavam 57,8% dos trabalhadores domésticos, e apenas 34,6% daqueles empregados nos setores de intermediação financeira, administração empresarial e atividades imobiliárias – o que denota também a posição de marginalização que tal seguimento da população vive no mercado de trabalho.

---

[342] **Renda de negros ou pardos é metade da dos brancos, indica IBGE**. UOL-notícias. Disponível em: http://noticias.uol.com.br/economia/ulnot/2006/11/17/ult82u6394.jhtm?action=print. Acesso em: 17 nov.

É claro que, com esses dados, não se quer negar a ocorrência de avanços. Estes começaram pelas novas diretrizes traçadas pelo pacto constituinte de 1988 – conforme já discorrido ao longo desse estudo. Mas ganharam impulso pela ação dos próprios interessados. Neste sentido, destacou-se a "Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo pela Cidadania e a Vida", realizada em 1995, por meio da qual se deu um novo impulso à questão racial. Logo após, criou-se um Grupo de Trabalho Interministerial de Valorização da População Negra (GTI População Negra), ligado ao Ministério da Justiça, em 1996. Ademais, instituiu-se a partir daí o primeiro Programa Nacional dos Direitos Humanos (I PNDH) no interior do qual se introduziu um tópico destinado à população negra. Neste, se propunha à conquista "efetiva" da igualdade de oportunidade.

Este marco foi importante para a ampliação do debate sobre as desigualdades raciais, e conduziram a uma inédita articulação dos envolvidos na questão para a participação brasileira na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata promovida pela ONU em 2001, na cidade de Durban, na África do Sul. Tais discussões redundaram em uma série de eventos no biênio 2000-2001, o que contribuiu para consolidar a temática racial na agenda política nacional. Durante a Conferência de Durban, registraram-se uma vigorosa reflexão referente à oportunidade, necessidade e a tipologia de políticas públicas de promoção da igualdade racial na sociedade brasileira. Entre as conclusões e a pauta de intenções firmada pelos países participantes desta conferência, podemos destacar o entendimento segundo o qual a escravidão deve ser considerada crime contra a humanidade e as nações devem se comprometer com a erradicação do racismo e estimular o desenvolvimento político, econômico e social da população negra, particularmente das mulheres. No documento oficial brasileiro foi reconhecida a responsabilidade histórica pelo escravismo e pela marginalização econômica, social e política dos descendentes de africanos. Além disso, foi recomendada oficialmente a inclusão no Código Penal Brasileiro de agravantes referentes a crimes como o racismo, a xenofobia e outras formas de intolerância.

2006.

Dada toda essa movimentação, o governo brasileiro foi se envolvendo mais com a questão, acabando por implementar três instrumentos que podemos considerar estratégicos para uma evolução satisfatória do enfrentamento, não apenas referente à questão racial, mas à luta contra a discriminação e a desigualdade como um todo: a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR; a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – SPM; e a Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH, todas vinculadas à Presidência da República.

Como desdobramento de tais iniciativas, assistimos no ano de 2002 ao lançamento do II Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH). Por meio do II PNDH buscou-se ampliar as metas anteriormente fixadas pelo I PNDH no tocante à valorização da população negra - oriundas da Declaração e do Plano de Ação de Durban. As ações propostas nesse segundo plano referem-se, sobretudo, às áreas de justiça, educação, trabalho e cultura, bem como, ao reconhecimento dos males causados pela escravidão e pelo tráfico transatlântico de escravos, que de conformidade com as disposições de Durban, constituíram crime contra a humanidade, estando os seus efeitos, presentes até hoje. Por isso, declara o Plano, devem ser combatidos por meio de medidas compensatórias. Em junho de 2003, o Presidente da República promulgou Decreto reconhecendo, de pleno direito e, por prazo indeterminado, a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos conforme previsto no art. 14 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 7 de março de 1966.

Ainda no âmbito da ação governamental, passou-se a tomar como referência a norma do art. 1º, parágrafo 4, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na qual se consagra a fórmula essencial para a adoção das políticas de promoção da igualdade racial pelo Estado brasileiro, que se desdobra em diversas iniciativas no campo das “ações afirmativas”. A declaração facultativa de adesão feita pelo Brasil ao Artigo 14 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, conforme pode ser constatado pela leitura da íntegra do

Decreto Legislativo 52, significou um grande marco na implementação desse instrumento.

De fato, nos últimos anos, o Estado enquanto ente administrativo institucionalizou uma série órgãos, em diversas instâncias da administração, com o intuito de promover políticas de forte teor igualitarista. Não se tratou de uma exclusividade de governo, o marco foi a Constituição de 1988. Depois dela tudo se transformou, pois os alicerces Constitucionais do Estado Democrático Social de Direito aqui implantado se mostraram robustos, e não obstante a extraordinária resistência que sofreu e ainda sofre, já sobreviveu o suficiente para consolidar um parâmetro de difícil retorno.

A redução da desigualdade social, os "ditames da justiça social" previstos no *caput* do art. 170 da Constituição institucionalizaram-se como parâmetro fundamental de legitimação da ação estatal perante a sociedade brasileira atual.

É por isso que ao núcleo político do próprio Estado-administração, de forma especial nos últimos 12 anos, articularam-se a ele uma série de entidades e de representantes da sociedade civil, não necessariamente dentro do velho espírito da "cooptação" – que em algum nível sempre existirá no âmbito da ação política concreta, nos lances de "*virtú*" e de "*fortuna*" -, mas no da necessidade de novas formas de legitimação. Tanto que no caso específico das políticas públicas que se propõem a instituir ações afirmativas, a sociedade civil assumiu, ao lado do Estado-administração, uma conduta de cooperação e vigília.

Esta "parceria", por sua vez, facilita a implementação no curto e médio prazo, de ações de caráter geral, de melhorias no sistema de fiscalização e repressão às práticas discriminatórias, no aperfeiçoamento da estrutura administrativa da ação policial, bem como, do incremento da ação administrativa do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Trabalho.

Estas instituições têm obtido resultados extraordinários no combate à discriminação e às manifestações cotidianas de racismo. No âmbito especificamente trabalhista – no qual se desenrola a maior parte da teia de relações sociais a que um indivíduo está submetido no mundo contemporâneo

-, a ação do Ministério Público do Trabalho, por meio da realização de audiências, inquéritos civis, e outros procedimentos investigativos, têm obtido grandes avanços por meio de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC). Trazendo as partes (normalmente uma pessoa jurídica e uma coletividade de trabalhadores sob sua subordinação) para uma reflexão de natureza institucional, perante um órgão do Estado, pode-se fazer emergir as entranhas de nossa herança psicosocial, compreendê-la e enquadrá-la institucionalmente, por meio de um acordo que permite ao Estado obter um título executivo para disciplinar condutas. Sobre-legitima-se, assim, pela livre manifestação da vontade daqueles que serão atingidos por essa medida. Tal modalidade de intervenção constitui um processo que transcende os objetivos do Poder de Polícia estatal, possui uma natureza educativa, goza de maior “aceitabilidade”.

A esse conjunto de iniciativas somam-se, por fim, ações específicas de promoção da cidadania e de combate à impunidade, associadas a atividades específicas conscientização, capacitação e sensibilização das instâncias do Estado e das organizações da sociedade civil. Neste sentido, podemos dizer que as políticas públicas que procuram reduzir desigualdades e corrigir injustiças estão evoluindo de forma alvissareira em nosso país.

No entanto, se esse processo avança de forma satisfatória no plano estatal, com significativo apoio na sociedade civil, isto não que dizer que não encontre, exatamente aí (na própria sociedade), seus maiores focos de resistência. Isto fica especialmente visível quando se discute projetos de integração que atuam sobre recursos tidos como vitais para o desenvolvimento individual e comunitário, como é o caso no Brasil, talvez como nenhum outro recurso, o da educação superior. Ao que nos parece nenhuma outra proposta em torno de ações afirmativas despertou mais resistências do que essa.

A resistência ao sistema de cotas nas universidades públicas brasileiras se deve, em nosso entendimento, a uma reciclagem da velha cultura patrimonialista por “segmentos médios” da sociedade brasileira. Não parte propriamente das elites econômicas e culturais, que, ou dispensam/rejeitam a universidade pública local, podendo recorrer aqui ao ensino privado ou educar-se no exterior; ou estão convencidas que de qualquer maneira terão o seu ingresso assegurado. Em sua maior parte, os grupos mais resistentes, parecem compor-se do estrato mais “branqueado” de nossa população, boa

parte deles descendentes do movimento imigratório iniciado nas últimas décadas do século XIX e que prosseguiu na primeira metade do século XX.

Por terem eles também, partido de um patamar, em geral, muito baixo, e terem encontrado na escola pública (a universidade de forma particular) o seu principal instrumento de ascensão social e econômica, é que defendem de forma acirrada a manutenção de políticas universalistas. Exatamente por serem indiferentes ao substrato racial (*color-blind* ou, cega à cor, como gostavam de dizer os norte-americanos) tais políticas universalistas lhes conferiram uma grande vantagem na competição com os "não-brancos". E neste sentido, passaram a ser convenientemente defendidas com base no argumento do "mérito" e do "maior esforço" – como se sua trajetória, pelo simples fato de ter sido mais bem sucedida do que a da população "não-branca" revelasse entre os seus membros estas qualidades que estariam ausentes nos demais grupos. Neste sentido, tais argumentos, reconstroem o preconceito e o estigma a partir de outros planos.

Mas como já tivemos a oportunidade de frisar neste trabalho, mesmo políticas públicas baseadas em reserva de vagas em universidades públicas, não possuem o escopo de abolir o critério meritório, mas ao contrário, procuram simplesmente ampliar o conceito de "mérito" e de "merecimento" elevando-o para além de uma simples memorização de fórmulas e alguns princípios gerais. Estes são levados a cabo e mimetizados pelos candidatos de maior poder aquisitivo no interior de caros e sofisticados cursinhos pré-vestibulares – situação análoga ao que hoje já se manifesta em torno dos concursos para ingresso nas carreiras públicas. Afinal de contas, o mérito deve ser avaliado levando-se em consideração o seu ponto de partida, e não exclusivamente o momento em que os candidatos realizam um exame vestibular – esta instituição tão iniquamente brasileira, praticamente inexistente no resto do mundo. E quanto ao ponto de chegada, o importante é avaliar-se de que forma uma composição mais pluralista, do ponto de vista étnico, social e econômico, pode contribuir, a médio e longo prazo, para se atingir aqueles postulados estabelecidos pela Constituição Federal em seu artigo 3º., como "objetivos" da República Federativa do Brasil.

> "O sistema meritocrático posto como está protrai a desigualdade. Não se postula, de outra sorte, que a meritocracia seja excluída, mas sim que sejam levados em conta outros critérios que não digam respeito só ao intelecto (mensurado por meio de um teste específico de inteligência) e cujo desenvolvimento é afetado a depender da trajetória escolar do indivíduo. Neste caso, considerar-se-ia, além dos valores étnico-raciais, a sua condição econômica e sociocultural. Isto valeria, por exemplo, para os usuais padrões de admissão, até então utilizados, nas universidades públicas. No Brasil, a condição socioeconômica da criança ou do jovem influência os seus dotes intelectuais e marca o seu trajeto, levando a competição escolar a não ser igualitária."[343]

Por outro lado, aproveitar o debate em torno da desigualdade para aumentar o investimento público em políticas universalistas, sem medidas específicas para corrigir as desigualdades e distorções produzidas pelo fator raça/cor, aumentam ainda mais as vantagens dos grupos majoritários, até o presente beneficiados pelas estruturas político-sociais do país. Isto contribui para o reforço de sua auto-estima e consideração – reafirmação do "mérito" e "dedicação" superior – em detrimento da auto-estima e da consideração social reservada aos membros das comunidades já historicamente estigmatizadas.

É preciso refutar-se aqui também o argumento, às vezes oposto maliciosamente, segundo o qual políticas públicas promotoras de ações afirmativas contribuiriam para o estabelecimento de um clima de confrontação entre raças, de auto-segregação ou mesmo de "racialização" do debate político brasileiro.

O argumento nos parece equivalente àquele que no passado recente atribuiria à ação sindical ou à concessão de direitos trabalhistas o condão de "dividir a sociedade brasileira em classes sociais antagônicas"... De atiçar a luta de classes (sic...).

Ora, tais conflitos existem e sempre existiram, e o seu reconhecimento não contribuiu para a radicalização de posições, mas ao contrário, o levou a um equacionamento mais razoável, aceitável por todas as partes e, portanto, mais legítimo do ponto de vista político e constitucional. Ao se reconhecer que o fator raça/cor é utilizado para discriminar, serve-se do mesmo parâmetro, agora, para "integrar". Mesmo nos EUA, em que se assistiu a um histórico de

---

[343] MADRUGA, Sidney. **Discriminação Positiva – ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005, p. 211.

segregação e conflito ausente entre nós, não conduziram as ações afirmativas a este padrão de confronto e auto-segregação apontado pelos críticos das discriminações positivas. Mas, ao contrário, atingiu-se um plano mais igualitário e pluralista, com a criação de exemplos positivos de auto-empreendimento e de realização profissional de representantes de grupos minoritários. Estes casos exemplares de sucesso profissional, ao atingir posições usualmente reservadas apenas para os membros da elite "*wasp*", apontou, sobretudo, para as crianças aprisionadas no circulo de marginalização / criminalização dos guetos étnicos e sociais, perspectivas de sucesso e reconhecimento até então ausentes do seu imaginário coletivo. Daí porque se afirmar que as ações afirmativas podem até reavivar a chamada "consciência racial" por algum tempo – de fato, fazê-la emergir de um estado de latência, na qual ela existia apenas como signo negativo, para adotá-la como parâmetro positivo de inclusão. Mas no médio e longo prazo elas apontam (caso sejam bem sucedidas no que se propõem) para o seu progressivo enfraquecimento.

> "A sociedade norte-americana, hoje, é uma sociedade racialmente consciente; essa é a conseqüência inevitável e evidente de uma história de escravidão, repressão e preconceito. Homens e mulheres, meninos e meninas negros não são livres para escolher por si mesmos em que papéis – ou como membros de quais grupos sociais – outros irão caracterizá-los. Eles são negros, e nenhum outro atributo de personalidade, lealdade ou ambição irá influenciar tanto o modo como os outros irão vê-los ou tratá-los, e que tipo e dimensão de vida estarão abertos a eles. O número ínfimo de médicos e outros profissionais negros é uma conseqüência e uma causa contínua da consciência racial do país, um elo numa longa e auto-suficiente reação em cadeia. 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."[344]

Outro ponto muito curioso, já abordado por nós incidentalmente ao longo deste estudo, mas que merece alguma referência nestas considerações finais, diz respeito à dificuldade de se apontar com precisão os beneficiários das ações afirmativas. Novamente o caráter miscigenado da sociedade brasileira é

[344] DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 438-439.

utilizado como recurso para frear-se a implementação de políticas públicas de teor igualitário. Em primeiro lugar, gostaríamos de dizer que a dificuldade trazida por tal argumento só se refere a uma parte dos beneficiados em potencial por tais políticas (população mestiça), não podendo ser utilizada para inutilizar a promoção de ações afirmativas para a inclusão da população efetivamente negra. Portanto, tal argumento, não invalida ou desvaloriza as ações afirmativas, mas lança dúvidas sobre o seu alcance no interior de uma sociedade como a nossa – fortemente miscigenada.

De qualquer forma, a questão não parece se colocar como insuperável. Afinal, sabemos que no Brasil, a discriminação e o estigma que atinge parte da população mestiça parece estarem diretamente relacionados ao grau de aproximação com os traços fenotípicos característicos dos grupos de origem africana. É claro que não podemos negar que em nossa sociedade, tais características associam-se também às posições de *status* e de prestígio, no sentido de se reconhecerem naqueles que mais se aproximam de um dado padrão de negritude, uma associação com os níveis mais baixos de hierarquia econômica e social. Da mesma forma, é corrente a idéia de que dinheiro e educação no Brasil “branqueiam” o sujeito.

Os seja, as variações cromáticas e fenotípicas estão intimamente associadas e, ao mesmo tempo, refletem as posições de hierarquia e prestígio econômico e social. Mas de uma maneira geral podemos afirmar que, quanto mais destacados, acentuados e proeminentes os traços de natureza negróide, maior a carga de estigma, mais intensas se tornam as barreiras, visíveis e invisíveis, que se opõem ao livre desenvolvimento de sua personalidade. As ações afirmativas, ao mesmo tempo em que buscam corrigir e compensar tais discrepâncias, em razão da aproximação destes indivíduos de um padrão historicamente estigmatizado, procura atacar e dissolver os fundamentos do próprio estigma. Para isso valoriza a contribuição desses grupos para a nossa formação sócio-cultural, e os toma como medida de inclusão, de forma a produzir sentimentos de orgulho e auto-consideração a uma condição que até então apenas excluía, e que de uma maneira geral, aqueles a ela associados, procuravam esconder, dela se livrar.

Neste sentido, não nos parece justificados os temores difundidos por muitos adversários das ações afirmativas, que alegam que as mesmas

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

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

> assim, ao segundo motivo: um dos objetivos das ações afirmativas é, para ser preciso, o de reforçar a identidade, seja racial, seja sexual, do grupo parcialmente privilegiado pela legislação. Na verdade, apenas sob uma perspectiva integracionista e assimilacionista muito estreita o reforço a identidades particulares pode ser considerado nocivo. Afinal, como já frisei, a justificativa mesma da ação afirmativa é que as diferenças, que são fontes de desigualdades, devem, para deixar de sê-lo, não desaparecer – o que é impossível -, mas transformar-se em seu contrário, ou seja, em fonte de compensação e reparação."[345]

Por fim, gostaríamos de fazer referência a uma questão intimamente ligada às ações afirmativas, tanto nos EUA quanto no Brasil. Trata-se do controle da discriminação e do preconceito no âmbito da linguagem, das formas simbólicas por meio das quais se dá a representação do "outro", daqueles que consideramos "diferentes de nós". Aliás, como se sabe, o preconceito não nasce conosco. Não se trata de uma manifestação atávica e incontrolável de intolerância. Muito pelo contrário, ele é ensinado e transmitido, seja de forma deliberada, pelos pais, pelo entorno familiar e de vizinhança, ou até mesmo pela escola; seja de forma indireta e às vezes não-intencional, pela forma como figuras de referência em nossa infância, tratam certas pessoas associadas a grupos determinados.

No âmbito dos movimentos instituidores de ações afirmativas, a tentativa de se limitar, essa verdadeira fonte de produção de preconceitos e de intolerância, situada no plano do uso da linguagem, acabou por se tornar conhecida pela expressão "politicamente correta".

Politicamente correta é toda a postura que se insubordina contra tratamentos indecorosos, que retratem preconceito, ofensa ou discriminação contra algum indivíduo identificado no contexto de algum "grupo minoritário." Politicamente correta é a flexibilização das linguagens e imagens de identificação social, na qual, os pronomes de tratamento se submetem a "uma nova polidez." Politicamente "incorreto" é referir-se a um homem negro como "crioulo," "black," "negão," "tziu", ou "escurinho". Politicamente correto seria tratá-lo por "afro-americano." Outro exemplo, "índio", vira "americano nativo" - no novo "léxico" anglo-saxônico para um tratamento politicamente correto. Expressões como "aleijado" e até mesmo "deficiente", deveriam ser

[345] GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e Anti-Racismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34,

substituídas por algo como “portador de necessidades especiais”. E só para variar, os brancos também não suportavam mais serem chamados de “brancos,” e muito menos de derivados depreciativos como “branquelos” – exigem ser designados por “caucasianos.” No entanto, somos obrigados a reconhecer que, após gerar muito conflito e tensão, atualmente, a expressão “politicamente correta” não goza de muita simpatia.

> “A expressão “politicamente correto” (“politically correct”) ou “pc”, foi tomada do jargão stalinista dos anos 50, que designava a obediência irrestrita à linha política ditada pelo comitê central. A referência ao stalinismo não é sem razão e contribuiu para o sucesso da expressão, conferindo-lhe conotações detestáveis. Qualificar uma atitude ou comportamento de “pc” subentende um julgamento de intolerância, o endossamento irrefletido de valores e escolhas feitas por outros, limitação da liberdade de expressão e de qualquer e de qualquer manifestação de uma atitude contraditória. O “pc” tornou-se assim sinônimo de conformismo e de indolência e utiliza-se com convicção a expressão “politicamente incorreto” para distinguir as propostas originais e pessoais que não temem incomodar ou ofender se preciso for. O movimento “pc” certamente paga pelos seus excessos.”[346]

Talvez, parte da antipatia despertada pela locução se deva à sua associação a uma verdadeira “indústria de indenizações” nos EUA, no qual o desvio de um comportamento “politicamente correto” estava associado à prática de certas transgressões, como nos casos de “assédio sexual”. Que o digam aqueles milionários dotados de grande visibilidade pública e, portanto, reféns de uma imagem de “idoneidade politicamente correta” – como se deu com o pugilista Mike Tyson. Houve, no caso dos EUA, uma re-territorialização radical do “grupo” e do “indivíduo” no espaço público. Professores passaram a suar frio com medo de serem denunciados por alguma “piscadela” descontraída sobre as pernas de alguma aluna trajada de maneira mais “arrojada” - já que tal fato poderia lhe custar a pecha de “molestador sexual.”

Ou seja, a “cultura” politicamente correta passou a assumir contornos inquisitoriais. Uma verdadeira “patrulha ideológica” manifesta no controle da linguagem e de todas as formas de conduta que por algum motivo se tornam públicas. Também se tornou um subterfúgio para atitudes maliciosas, de má-fé,

---

2005, p. 206-207-208.

induzindo, tolerando, e por fim, explorando situações com o intuito de se produzir fatos que pudessem ser utilizados como fundamento para uma ação judicial indenizatória e outras modalidades de “reparação”. Em especial na relação entre os gêneros, criou profunda desconfiança em razão de um autêntico processo de “judicialização” da subjetividade. Situação ainda mais delicada se apresentou no plano estético e cultural, com representantes de grupos e associações atuando como verdadeiros sensores, toda vez que uma determinada obra, a seu juízo, ofendesse a honra e a dignidade do grupo que representa. Em um dado momento, sob o pretexto de se tutelar a imagem de certos grupos, vulnerou-se um dos valores elementares da democracia norte-americana – a liberdade de expressão.

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

No entanto, não podemos deixar de reconhecer que aquilo que a atitude “politicamente correta” buscou instituir, de *per si*, é legítimo e desejável. A linguagem é sem dúvida nenhuma um meio de poder, é espaço no qual se estabelecem subordinações e assimetrias e, ao mesmo tempo, onde se podem demarcar direitos, atribuir dignidade. Como já afirmamos a pouco, é por ela que o preconceito, os estereotipos, e os estigmas se manifestam e são assimilados. Por isso, a linguagem pode, em certas circunstâncias, ser objeto de disciplina ética e jurídica.

Ademais, trata-se de uma manifestação básica do respeito à dignidade da pessoa humana, do respeito ao livre desenvolvimento da personalidade do “outro”, não referir-se a ela de forma pejorativa em função de sua etnia, gênero, opção sexual, compleição física, nacionalidade, condição social, crença religiosa, etc. E se os excessos da atitude politicamente correta devem ser reconhecidos, sobretudo, nos EUA, devemos também reconhecer que no Brasil

---

[346] SEMPRINI, Andrea. **MULTICULTURALISMO**. Bauru: Editora da Universidade Sagrado Coração, 1999, p. 61.

o problema é o oposto, visto que, o próprio Poder Judiciário demonstra uma timidez incompreensível quando da concessão ou arbitramento de indenizações a título de dano moral – seja ele individual ou coletivo. E seria fundamental uma atitude mais firme dos poderes estatais no Brasil no sentido de reprimir as manifestações cotidianas de preconceito e discriminação. E além da repressão, que atuasse no sentido de esclarecer a sociedade, e desestimulá-la a reproduzir condutas e manifestações verbais eivadas de conteúdo preconceituoso. Nestes termos faz toda diferença à utilização de uma linguagem que evite reduzir a pessoa humana, em toda a sua complexidade, a um único e exclusivo traço, e ainda por cima, na forma de um estigma.

> "A ação prática do "pc" tem bem pouco de stalinista. Sua preocupação essencial é evitar que a sensibilidade ou a auto-estima dos diferentes grupos sociais, minorias ou indivíduos possam ser ofendidas ou humilhadas por conversas, atitudes ou comportamentos inconvenientes, de modo a induzir ou reforçar na pessoa em questão uma visão desvalorizada ou culpabilizante dela mesma. Essas práticas, afirmam os defensores do "pc", podem reforçar as condições de marginalidade ou insegurança em indivíduos-alvo e, contribuir para a perpetuação de uma condição inferior inaceitável. O termo deficiente, por exemplo, tem uma conotação pejorativa, ligada a uma posição desvalorizada atribuída a esse tipo de pessoa na cultura americana, dominada pelo culto à perfeição física. Esse termo refere-se a uma carência genérica, que afetaria o indivíduo em sua totalidade humana e não apenas seu aspecto físico. Uma atitude "pc" proporá, então, substituí-la por uma expressão menos conotativa, mais neutra e descritiva, limitando-se a designar o defeito físico e evitando qualquer implicação moral ou social que desvalorize a pessoa."[347]

Em nossa opinião, um tratamento educado, que evite termos pejorativos referentes à condição do indivíduo, deve ser estimulado pela ordem jurídica. Igualmente, deve ela reprimir as manifestações preconceituosas e estereotipadas, cabendo ao Judiciário, de forma específica, deferir em termos razoáveis e proporcionais, eventuais pedidos de indenização a título de dano moral (nos termos do estatuídos pela Constituição), além de outras tutelas inibitórias e/ou reparatórias que se mostrem convenientes no caso em questão.

Por fim, gostaríamos de deixar registrado que, em nossa opinião, as ações afirmativas já se constituem em um realidade no interior de nossa

sociedade. Sendo que, a partir do ponto em que nos encontramos, o fundamental passa a ser o aperfeiçoamento dos mecanismos judiciais para o seu controle, evitando-se a lesão a outros direitos fundamentais tutelados pela ordem constitucional. E também o seu monitoramento pelos poderes estatais e pela sociedade civil, de forma a controlar a sua eficácia, substituindo aquelas políticas públicas que não se mostrem aptas para atingir os seus objetivos em um prazo razoável, por outras que se apresentem como mais adequadas. Mas de qualquer modo, nos parece que foi dado um passo que não admite mais retorno. Já convivemos por demais com a injustiça e a desigualdade no interior de nossa sociedade. E agora, no limiar do século XXI, devemos fazer valer aquilo que o Constituinte de 1988 escreveu com as tintas da esperança nas folhas que deveriam corresponder às páginas do nosso futuro: enfim, o advento de uma sociedade livre, justa e solidária.

CONCLUSÕES:

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

[347] Op. Cit., p. 62.

institucionalizados de reforma ou pela via da revolução, por expressa convocação do poder constituinte originário;

2) É nesse sentido que entendemos o permanente movimento de transmutação do Estado moderno. De início, o Estado nacional-absolutista surge para viabilizar, por meio da centralização política e administrativa, militar e financeira, a transição do modo de produção feudal para o capitalismo mercantil. Apoiado financeiramente pela burguesia em ascensão, buscou acomodar os interesses do clero e da nobreza ao mesmo tempo em que se associou por diversos mecanismos à grande empresa mercantil através da exploração colonial. No entanto, com a consolidação do poder econômico da burguesia e o arrefecimento dos conflitos religiosos na Europa, o delicado equilíbrio que o mantinha se desfez e ele acabou por sucumbir diante do ímpeto revolucionário burguês. Da mesma forma, o Estado liberal-individualista que o sucedeu encontrou a sua principal razão de ser no incremento das forças produtivas e na modificação abrangente das relações sociais de produção que na Inglaterra levaram aos cercamentos ("*enclousures*") e à revolução industrial. Mas tão logo se viu consolidado, as virtudes prometidas pelo Estado liberal-individualista em torno da liberdade econômica (autonomia privada) e da igualdade jurídica (isonomia perante a lei) geraram as contradições que levaram ao seu esgotamento, expressos pela super-exploração da força de trabalho e pela ausência de liberdade política e de associação. O arranjo jurídico e institucional que viabilizou o atendimento dessas demandas de natureza social e democrática acabaram por conduzir ao surgimento de uma nova concepção jurídico-estatal (Estado liberal-democrático) que logo se mostraria insuficiente diante da ascensão de uma nova dinâmica competitiva internacional e da necessidade de pacificação e unidade interna para poder-se enfrentá-la. Sob os auspícios de um forte apelo nacionalista, vieram ao mundo os próceres do Estado social. Ambíguo em sua estruturação jurídico-política, existindo tanto sob a forma democrática (EUA) quanto em uma concepção burocrática (URSS) ou corporativista (Itália, Brasil) de viés autoritário, esta concepção de Estado acabou por ver-se substituída após a 2ª. Guerra pelo chamado

Estado Democrático Social de Direito. Este se estruturou sob o primado da defesa da dignidade da pessoa humana, por intermédio do reconhecimento e da garantia dos direitos fundamentais – além da incorporação de toda uma nova pauta de direitos referentes aos chamados interesses transindividuais. E sob esta perspectiva, vêm resistindo às ondas de choque produzidas pelas reformas neoliberais e pela dinâmica econômica e tecnológica imposta pela intensificação do processo de globalização;

3) No imediato pós-guerra, o Estado Democrático Social de Direito começou a ser institucionalizado na Europa e nos EUA na perspectiva de se compensar os sacrifícios exigidos da população durante o conflito com a introdução de um Estado de bem-estar social (*Welfare State*). Logo em seguida, por intermédio do Plano Marshall, seria estendido também ao Japão. No âmbito europeu, sua implantação se deu em primeiro lugar na Inglaterra sob o governo trabalhista de Clement Attlee. Sua concepção geral foi elaborada ainda durante a guerra, na forma de um Estado previdenciário proposto pelo chamado Relatório Beveridge. Nos EUA, o Estado Democrático Social de Direito resultou do aprofundamento de uma série de políticas sociais e de uma mudança geral nos valores recepcionados pelos poderes estatais a partir da "grande depressão" e do Estado Social estruturado para reduzir os seus efeitos em torno do chamado "*new deal*". Após a guerra, uma série de demandas que haviam permanecido represadas durante o conflito acabaram por eclodir, em torno de um vigoroso movimento de luta por direitos civis contra diversas formas de discriminação e segregação. Tal movimento acabou recebendo uma consideração positiva por parte da Suprema Corte e, logo em seguida, dos demais poderes estatais – inaugurando-se um período de ampla tutela aos direitos fundamentais naquele país;
4) No entanto, foi inicialmente na Alemanha, a partir da Constituição de Bonn (1949), que passamos a ter os desenvolvimentos mais interessantes, sob a perspectiva jurídico-normativa, dessa nova concepção de Estado. Previsto expressamente no texto constitucional (art. 28, alínea 1), ainda que através de uma formulação bastante

genérica, a chamada cláusula do Estado de Direito Social passou a ser objeto de um amplo movimento de interpretação e de aplicação pela doutrina e pela jurisprudência daquele país. Por meio dele, se buscou consolidar a unidade política do país, profundamente fraturada após a derrota na guerra, por intermédio de uma legitimidade materialmente plasmada por um conjunto de direitos sociais em uma linha evolutiva que teve o seu início com a Constituição de Weimar (1919). No entanto, a ordem constitucional desenvolvida a partir de Lei Fundamental de Bonn avançou para muito além do seu predecessor, sobretudo no que diz respeito às proibições de discriminação e à recepção do princípio da igualdade em sua acepção material/substancial. Segundo Konrad Hesse, a nova disposição atribuída aos direitos sociais fundamentais, não fundamenta, com seu encargo geral, pretensões individuais ou instruções de ação concretas (não constituem um “direito subjetivo”). Mas por outro lado, fundamentam não só uma obrigação social da coletividade diante dos seus membros, referente à assistência social, assistência vital e satisfação social, como também, obrigações sociais dos membros da coletividade entre si. Estas são expressas por meio de deveres de proteção, ajuda, assistência e deveres de auxílio coletivo, vinculações da propriedade, obrigações tributárias e deveres de prestação que requerem do Estado à capacitação para o cumprimento de suas tarefas sociais. Por tudo isso, a Constituição alemã de Bonn pode ser designada como o primeiro grande paradigma do Estado Democrático Social de Direito contemporâneo;

5) Quase três décadas após a promulgação da Constituição de Bonn, constituiu-se uma referência ainda mais abrangente de um Estado Democrático Social de Direito. Trata-se da Constituição da República Portuguesa de 1976. Elaborada após a Revolução dos Cravos, que pôs fim ao regime totalitário inaugurado na década de 20 por Oliveira Salazar, ela avançou para muito além de uma simples redemocratização do país. Juntamente com os direitos fundamentais clássicos, comumente denominados como “direitos negativos” ou de “defesa”, por normalmente requererem uma abstenção estatal diante de uma prerrogativa atribuída ao indivíduo, estabeleceu esta nova Constituição

uma ampla pauta de direitos econômicos, sociais e culturais. Muitos deles instituídos na forma de direitos subjetivos, objetivamente requeríveis pelos cidadãos – além de instituir uma série de instrumentos concretizadores, com o intuito de se proteger contra as omissões dos poderes estatais (sobretudo do legislador). No que diz respeito ao princípio da igualdade, foi a primeira Constituição a conceber de forma expressa esse princípio em sua dimensão material/substancial (já reconhecida no âmbito da ordem constitucional alemã pela doutrina e pela jurisprudência), expresso pela locução "igualdade real" veiculada pelo princípio da democracia econômica e social. Segundo Canotilho, a Constituição portuguesa garante "igualdade de oportunidades" e não apenas uma "justiça de oportunidades". Isso implicaria em um dever de compensação positiva da desigualdade de oportunidades. Mas talvez o mais importante na Constituição portuguesa de 1976 tenha sido a introdução de uma nova técnica por meio da qual se buscou vincular o legislador e os demais poderes estatais a um núcleo de tarefas impostas pelo Constituinte originário, limitando o seu poder de conformação em torno da realização desses objetivos, e que ficou conhecida como "Constituição dirigente". Essa nova dogmática constitucional foi amplamente recebida pela ordem jurídica brasileira quando da elaboração da nossa Constituição de 1988, sendo responsável por muitos dos avanços nela observados;

6) A instituição e a consolidação de um Estado Democrático Social de Direito em uma sociedade situada na periferia do sistema capitalista não é tarefa das mais fáceis, sendo em algumas regiões e circunstâncias praticamente impossível. No caso brasileiro, as dificuldades começam pela fragilidade do próprio Estado nacional, tradicionalmente caudatário de modelos de desenvolvimento dependentes e associados aos centros do capitalismo internacional. Tais elementos, quando somados a algumas instituições que durante séculos regeram a nossa sociedade colonial, como a escravidão e o patriarcado, contribuíram em muito para a formação de um caldo de cultura marcado pela exclusão, pela ampla difusão de toda a sorte de preconceitos e de estigmas atribuídos a certos segmentos do que mais tarde viria a constituir a sociedade

nacional. A par dessa debilidade originária, a estruturação do poder político local em bases oligárquicas e excludentes, bem como o desenvolvimento de toda uma sorte de mecanismos (eficazes) de cooptação e auto-perpetuação desse sistema político amparado por um Estado patrimonial, em muito contribui para a criação de verdadeiras "fontes institucionais da desigualdade";

7) As assimetrias abissais que caracterizaram desde os seus primórdios a sociedade brasileira só começaram a ser modificadas, ainda que precária e muito parcialmente, com a criação entre nós de um Estado social. Tal fato se deu no início da década de 30 do século XX, após o esgotamento do modelo econômico agro-exportador em torno do qual havia gravitado a economia do país desde o início da colonização. Este Estado social surgiu para amenizar alguns problemas sociais mais agudos, que ameaçavam desestabilizar o poder político diante das contradições e dos movimentos de questionamento e oposição que normalmente acompanham qualquer processo de industrialização. Foi estruturado em moldes autoritários, com feições paternalistas e recorrendo amplamente a toda sorte de cooptação de lideranças populares e sindicais ao estilo do Estado corporativista italiano instituído pela *Carta del Lavoro* de Benito Mussolini. Apesar de submetido logo em seus primórdios a um processo de constitucionalização que redundou na aprovação de uma Constituição de cunho democrático e social em 1934, tal ordem constitucional não encontrou elementos necessários para se desenvolver – sendo abortada por um golpe de Estado em 1937. Sendo assim, o mais amplo e importante leque de direitos sociais até então obtidos pela sociedade brasileira, não resultou de uma conquista democrática, mas de uma outorga autoritária;
8) Os direitos sociais instituídos pelo Estado novo de Getúlio Vargas foram enfim constitucionalizados em 1946. No entanto, o Estado democrático ali constituído não teve vida longa, sendo mutilado logo em seus primórdios pelos ecos da guerra fria – que associados à disputa política local tratou de banir alguns partidos do jogo institucional, empurrando-os para a clandestinidade. E por fim, o golpe militar de abril de 1964 tratou de rasgar a jovem Constituição por intermédio dos seus famigerados

"atos institucionais". Estes não respeitaram nem mesmo uma Constituição (1967) parida por um Congresso mutilado por cassações e totalmente submisso aos desejos do regime, que ao final, decidiu modificá-la substancialmente em 1969 por intermédio de uma emenda que, de fato, poderia ser tida por uma nova Constituição;

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

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

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

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

12) A realização desse ideal de igualdade foi estabelecido como pressuposto e ao mesmo tempo como objetivo para a ação virtuosa do Estado - guiado por uma vontade racional segundo Platão. Neste Estado ideal, governado por reis filósofos, ignora-se a igualdade formal, impõe-se a igualdade material como direito e dever que obriga todos os cidadãos a entregarem os seus filhos para serem educados de forma igualitária pelo Estado. Este, tratando a todos de forma eqüitativa, selecionará dentre eles os melhores, com base exclusivamente no “mérito”, para compor as três classes sociais (artesãos, soldados, e

guardiões). Tais classes, distintas e mutuamente dependentes, devido ao seu equilíbrio, asseguram à cidade sua índole virtuosa e afastam dos seus muros os vícios associados às mais diversas manifestações de ignorância. No Estado meritocrátrico platônico, a igualdade legitima a ação estatal na medida em que lhe proporciona eficiência. Diferentemente do que ocorre com Aristóteles, para quem o Estado se legitima na medida em que realiza a igualdade como um postulado de justiça. Sensível à natureza contingente da realidade humana, identificou as dissonâncias cognitivas possíveis entre a previsão genérica e abstrata da norma e as vicissitudes do caso concreto, o que requereria uma mediação permanente entre “direito” e “justiça” através da “eqüidade” no plano da justiça comutativa ou corretiva. Ao mesmo tempo em que, requer a intervenção de uma vontade estatal na distribuição das riquezas e das honrarias, na forma de uma justiça política que se definiria como tratamento desigual aos desigualados pela natureza ou pela sorte (contingências). Surgiu ali, com a idéia de justiça distributiva ou substancial o embrião de uma teoria normativa (geral) da justiça como igualdade que seria retomada em diversos planos ao longo da evolução do fenômeno estatal no ocidente;

13) O Estado moderno, na perspectiva de alguns de seus mais ilustres idealizadores, estava radicado em uma forma específica de igualdade, resultante do encontro da razão com a vontade. Tal encontro se realizaria no solo fértil proporcionado pela expressão jurídica do “contrato”. A filosofia política contratualista se propôs a pensar as condições que levaram os homens a abandonar um “estado de natureza” para associarem-se no âmbito de um Estado civil racionalmente legitimado e delimitado por sua vontade expressa na forma de um “contrato social” ou de uma “Constituição”. Ela demarcou o horizonte de possibilidades que caracterizou a emergência e o desenvolvimento do Estado nacional moderno, forjando uma superestrutura jurídica e política que evoluiu sob o influxo do desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais de produção. Tal movimento explica e justifica as diversas nuances

observadas na obra dos diversos autores reconhecidos no interior dessa vertente de pensamento;

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

15) Para John Locke, a igualdade radical observável entre todos os homens, mesmo em estado de natureza, decorreria da faculdade da razão, igualmente distribuída entre todos eles. Igualmente ofertadas a todos eles, também o foram às riquezas potencializadas pelos elementos naturais - como a terra. No entanto, teria sido esta transmitida em estado bruto, só adquirindo utilidade para os homens em razão do seu trabalho, que ao ser a ela agregado, transformava-se em riqueza à disposição da comunidade e em benefício privado para aquele que com o seu trabalho a fez surgir. A igualdade de oportunidades, propiciada pelo “trabalho livre”, é então deduzida como o principal requisito para a prosperidade dos povos, e foi para garanti-la, que os homens teriam renunciado ao estado de natureza, associando-se no âmbito de um Estado civil, por eles livre e soberanamente constituído por meio de um contrato social. Tal contrato deveria garantir os direitos que reciprocamente lhes eram devidos pela evidência das disposições da natureza e das faculdades da razão, protegendo-os contra as ambições ilícitas que uns poderiam nutrir em relação aos outros. Mas também das

ambições tirânicas e totalitárias que seriam inerentes ao exercício do poder político-estatal. Por isso, limita-se o seu poder de intervenção ao mínimo necessário para garantir-se a auto-regulação da sociedade pelos próprios indivíduos livremente associados por relações jurídicas que eles soberanamente constituem. Neste sentido, a principal razão de ser do "contrato social" seria garantir o cumprimento dos contratos livremente entabulados entre indivíduos que seriam civilmente iguais na medida em que o são igualmente racionais;

16) Coube a Rousseau apontar as insuficiências e distorções da concepção de igualdade puramente jurídico-formal elaborada por Locke. Em primeiro lugar, procurou demonstrar que a racionalidade não era um atributo imanente ao homem desde sempre, mas que fora ela possibilitada pelo desenvolvimento da linguagem - que por sua vez, foi impelida pela necessidade de aperfeiçoamento da cooperação entre os homens no plano do trabalho. Ao identificar no trabalho social o verdadeiro ponto de distinção entre homem e natureza, com a produção coletiva pelos homens dos bens materiais indispensáveis à sua sobrevivência, percebeu ali também a fonte de toda a desigualdade entre eles. Esta residiria na apropriação privada da riqueza socialmente produzida, ou da apropriação privada das fontes naturais (a terra) a partir das quais essa riqueza é gerada. A propriedade privada seria a grande responsável pela desigualdade entre os homens, daí originando-se inúmeros outros malefícios. Tal desigualdade expressa a partir de um plano material, não poderia em hipótese alguma ser compensada pela igualdade jurídico-formal apregoada por Locke, lastreada na razão e na autonomia privada para regular a própria liberdade por meio de contratos. Neste sentido, uma igualdade jurídico-formal efetiva (expressa pela chamada "vontade geral" e capaz de plasmar um verdadeiro "contrato social") só poderia se realizar se fosse previamente precedida pela igualdade material;

17) Na concepção formulada por I. Kant, o contrato social não constitui a sociedade, devendo apenas explicar como ela dever ser. Neste sentido, o contrato social ou a Constituição seriam a expressão livre e soberana da sociedade civil, que por meio dele procura dar expressão jurídica

superior ao princípio da autonomia privada. Este seria o mais importante de todos os direitos, visto que, é o único que pode garantir aos indivíduos a prerrogativa de serem governados por leis que eles próprios elaboram de forma livre e soberana (contratos), regulando reciprocamente as suas condutas no âmbito de uma determinada relação jurídica. Aprofundando os pressupostos racionais introduzidos por Locke e, tentando conciliá-los com a crítica elaborada por Rousseau, ele acredita ter encontrado um fundamento transcendente para o consenso, e por meio dele, para a igualdade entre os homens, por intermédio de um imperativo moral derivado exclusivamente da razão. Apenas a razão, enquanto estrutura imanente e *a priori*, como faculdade universal de todos os homens, permitiria a estruturação de uma base comum para a articulação do agir de cada um com vistas à garantia da liberdade de todos. A idéia de liberdade nasce da capacidade individual para formalizar os conteúdos necessários para o estabelecimento de sua ação no mundo, fixado pelo chamado “imperativo categórico”. Este se expressa pela máxima “conduze-te de tal forma que o teu agir possa converter-se em lei universal”. Na medida em que todos os indivíduos são capazes de chegar a um juízo dessa natureza, e sendo intuitivo que, ao chegarem, buscariam adequar suas condutas de acordo com essa máxima, esta igualdade atuaria como condição para a liberdade individual no âmbito da autonomia da vontade. Dessa forma, a troca de equivalentes no plano do mercado estaria legitimada por uma igualdade (formal) de fundo, e sua natureza patrimonialista devidamente justificada pelos imperativos morais deduzidos da razão;

18) A grande virtude de Marx e de Engels na sua apreciação crítica de diversas idéias e conceitos legados pela tradição contratualista consistiu em apontar o que designamos como fundamentos estruturais da produção da desigualdade, contido na forma peculiar como elaboraram o seu conceito de “exploração”. Nesse sentido, retomaram alguns pressupostos historicistas levantados inicialmente por Rousseau, e os voltaram contra os postulados ideológicos sustentados pela ideologia liberal para afirmar a equivalência jurídica entre o empregador e o empregado com base no princípio da autonomia privada. Ao

demonstrarem o funcionamento da economia política industrial com base na aquisição do tempo de trabalho que o empregado coloca a disposição do empregador, eles descortinaram o “segredo” da produtividade do trabalho, revelado na forma de exploração pela obtenção da “mais-valia”. No entanto, a crítica marxista, contundente ao desmascarar as fantasias produzidas pela ideologia liberal-individualista, não se mostrou muito consistente ao tentar elaborar os pressupostos de uma teoria normativa da justiça como igualdade no contexto da futura sociedade comunista. Ao contrário, contentou-se em reciclar algumas máximas herdadas da velha tradição aristotélica, no estilo “de cada um segundo a sua capacidade, a cada um segundo suas necessidades”;

19) Coube a John Rawls resgatar a verve consensualista subjacente à teoria contratualista e articulá-la às demandas, contradições e ambigüidades típicas da sociedade contemporânea do pós-guerra. Ao mirar parte de sua artilharia contra a tradição utilitarista procurou desconstituir os supostos benefícios proporcionados à comunidade política como um todo pelo chamado “princípio da eficiência”. Demonstrou sua incompatibilidade com os pressupostos morais que deveriam fundamentar uma teoria normativa da justiça como procurou fazer o próprio utilitarismo desde Bentham e Mill. Buscou ultrapassar outras matrizes neokantistas contemporâneas que se satisfazem, do ponto de vista da legitimação do poder estatal, com um certo formalismo procedimental (Habermas). Propôs então, por meio de uma teoria normativa, a realização de uma concepção procedimental (porém substancialista) da justiça como “eqüidade”, e por seu intermédio, estabelecer novos parâmetros de legitimação para uma “sociedade bem-ordenada”. Todavia, o procedimento proposto por Rawls a partir da eleição dos dois princípios de justiça em uma posição original protegida pelo véu da ignorância, por meio dos quais se estabeleceriam as normas adequadas para a edificação de um sistema eqüitativo de cooperação, voltado para a realização de uma justiça substancial junto à estrutura básica da sociedade, deveria ter um endereçamento particular. Nas sociedades contemporâneas, organizadas na forma de um Estado Democrático Social de Direito, tal procedimento deveria ser incorporado

como uma “pauta argumentativa” a ser observada pelos membros do Tribunal Constitucional;

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

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

22) Enquanto políticas públicas, as ações afirmativas encontram sua autorização constitucional no princípio da igualdade em sua acepção material/substancial. Sua implementação encontra-se historicamente associada a uma concepção jurídico-política específica, o Estado Democrático Social de Direito, por meio do qual se procurou ultrapassar a concepção formal e estática do princípio da igualdade (isonomia) introduzida nos primórdios do Estado liberal individualista. No âmbito do

Estado Democrático Social de Direito busca-se, pois, ir além da "igualdade *perante* a lei", para atingir-se a "igualdade *através* da lei";

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

24) A interpretação do princípio da igualdade pela Suprema Corte dos EUA conheceu uma trajetória sinuosa e surpreendente. Como a escravidão não existia na Constituição, o seu reconhecimento pela Corte só se dava de forma indireta, normalmente quando um ex-cativo tentava obter acesso a algum regime jurídico que lhe fora obstado pela sua condição. De forma que nos seus primórdios, os negros eram simplesmente invisíveis ao princípio constitucional da igualdade. Depois da 14ª., e 15ª., Emendas, questões jurídicas envolvendo a aplicação do princípio da igualdade em relação à população negra foram relativamente recorrentes. Foi nesse contexto que, no final do século XIX, formou-se a infeliz doutrina do *separate but equal* ("iguais, porém separados"), por meio da qual a Suprema Corte entendeu como constitucional a aprovação de leis segregacionistas desde que garantissem um serviço equivalente para as populações segregadas e não-segregadas. Todavia, em 1954, no julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka*, a doutrina do "iguais, porém separados" foi revista, e as leis e atos administrativos que autorizavam ou realizavam condutas segregacionistas foram considerados inconstitucionais;

25) Com o fim das práticas segregacionistas, vieram à tona uma multiplicidade de demandas, de diversos grupos (sobretudo negros e mulheres) que se sentiam marginalizados ou discriminados na sociedade norte-americana, reivindicando políticas públicas voltadas para a melhoria das suas condições de vida. Depois de alguma hesitação, o Poder Executivo, durante o governo John F. Kennedy – que havia recebido um apoio eleitoral decisivo da comunidade negra – deu início a um conjunto de políticas públicas que buscavam uma maior e melhor integração da população negra no mercado de trabalho. A partir daí tais políticas passaram a ser denominadas por “ações afirmativas”. Elas foram aprofundadas na segunda metade da década de 60, durante o governo Lyndon Johnson, e a partir do início da década de 70 se disseminaram pelos governos estaduais e pelo interior de diversas instituições públicas e privadas – como, por exemplo, universidades. No entanto, a partir do final dessa década, as políticas públicas promotoras de ações afirmativas passaram a sofrer maior oposição política e judicial. Alguns parâmetros tiveram que ser revistos por decisões da Suprema Corte, mas de uma maneira geral, as ações afirmativas continuam sendo implementadas nos EUA;

26) Depois de declarar inconstitucional a doutrina do “iguais, porém separados”, a Suprema Corte dos EUA começou a julgar casos envolvendo ações afirmativas instituídas em prol da população negra e de outros grupos vítimas de discriminação. Ironicamente, opunha-se contra as pretensões da comunidade negra o mesmo princípio da igualdade pelo qual ela tanto lutou. E em sua defesa, propôs-se a sua interpretação em um sentido material, atribuindo às políticas públicas que as promoviam, uma natureza de compensação, de correção de desequilíbrios. Com a aceitação pela Corte de uma interpretação material do princípio da igualdade, foi se construindo uma jurisprudência sobre a matéria. Deu-se então um período de forte “ativismo judicial” por parte da Corte, cujo ápice se deu no caso *Griggs v. Duke Power Company*. Ao julgá-lo a corte firmou dois importantes paradigmas para a questão. A teoria do “impacto adverso” (*adverse or disparate impact theory*) e *a perpetuação no presente dos efeitos de discriminação*

ocorrida no passado. No entanto, em 1978 a Corte promoveu uma nova inflexão em seu posicionamento, durante o julgamento *de Regents of the University of Califórnia v. Bakke*, quando se posicionou contra alguns parâmetros para a promoção de ações afirmativas – como o estabelecimento de cotas fixas;

27) No âmbito da ordem jurídica internacional, o primado da tutela da dignidade da pessoa humana, foi inicialmente proposto em um plano universalista, voltado contra a manifestação de quaisquer formas de discriminação, ainda sob o impacto do holocausto judeu e dos campos de concentração. Este foi o espírito da Declaração Universal de 1948 e, continuou presente nos dois grandes pactos internacionais de defesa dos direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). No entanto, no âmbito do chamado sistema especial de proteção dos direitos humanos, composto por cinco grandes convenções (eliminação de todas as formas de discriminação racial; eliminação de todas as formas de discriminação da mulher; proibição da prática de tortura; direitos da criança; prevenção e repressão ao crime de genocídio), buscou-se tutelar o indivíduo concretamente e objetivamente considerado, em sua vulnerabilidade ou hipossuficiência em decorrência de sua condição ou pertencimento a um determinado grupo ou gênero. No âmbito desse sistema especial, as convenções para a eliminação de todas as formas de discriminação racial e da mulher autorizam e prevêem expressamente a adoção de políticas públicas promotoras de ações afirmativas;

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

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

30) A composição miscigenada de nossa sociedade foi tomada no início do século XX como referência estética e cultural pelo movimento modernista – especialmente por autores como Mario e Osvald de Andrade. A "matriz antropofágica" se inspirou na miscigenação para defender um modelo estético essencialmente multicultural, capaz de absorver diversas influências, combiná-las entre si, e a partir daí criar algo novo, uma "síntese suprema". Enquanto projeto estético e cultural o modernismo antropofágico foi muito bem sucedido, tendo sido a sua proposta assimilada por amplos segmentos de nossa tradição cultural. Da música popular (Carmem Miranda, Bossa-nova, tropicalismo, etc.), passando pelo cinema e as artes plásticas (Glauber Rocha, Hélio Oiticica), teatro e poesia (José Celso Martinez Correa e Augusto e Haroldo de Campos), até atingir a sua suprema expressão no futebol, em especial na seleção brasileira. O esporte importado da Europa e que aqui renasceu com novo brilho. Um conjunto de indivíduos de todas as cores, credos, e regiões do país, unidos pelo talento, em surpreendente equilíbrio entre o brilho individual e o coletivo. Mas, infelizmente, a suprema síntese obtida no plano estético cultural, ainda não se realizou no mundo cotidiano, onde o preconceito e a marginalização continuam uma constante. Daí porque muitas vezes acaba sendo manipulada pelos mistificadores da "democracia racial brasileira";

31) Uma das grandes características das sociedades industriais foi à homogeneização. Uma sociedade de massas fundada no trabalho e no consumo de massas. Órgãos de comunicação de massas, partidos políticos de massas, movimentos sociais de massas, etc. Neste contexto, fazia todo o sentido – sobretudo na medida em que a formação de muitas sociedades nacionais estava ligada ao processo de

industrialização – políticas integracionistas fundadas no chamado *melting pot* ou caldeirão cultural, na qual distintas identidades culturais se fundiam em uma nova. Todavia, no momento em que se vive à transição para uma sociedade pós-industrial e pós-moderna, o fenômeno da massificação parece ceder lugar para um processo de fragmentação de identidades, de criação de inúmeros "nichos" identitários.

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

33) A ordem jurídico-política inaugurada pela Constituição Federal de 1988 constituiu entre nós um Estado Democrático Social de Direito. Isso fica claro tanto em função do contexto histórico que antecedeu aos trabalhos constituintes e com o qual a nova Constituição buscou romper (autoritarismo imposto por uma ditadura militar), pela intensa e inédita mobilização empreendida pelos segmentos democráticos e populares; quanto pelo conteúdo dogmático da nova Carta;

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

35) Na Constituição de 1988, o Título I enumera os "princípios fundamentais", traçando os parâmetros hermenêuticos e interpretativos por meio dos quais se deverá aplicá-la. Já no *caput* do art. 1º., se define

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

36) O Estado Democrático Social de Direito ressalta ainda em função da constitucionalização da ordem do trabalho – também incluída no Título II dos Direitos Fundamentais. E, sobretudo, pela disposição do art. 170, que ao abrir o Título VII, referente à ordem econômica, estabelece já no seu *caput* que esta ordem econômica se funda "na valorização do trabalho e na livre iniciativa", tendo por objetivo "assegurar a existência digna conforme os ditames de justiça social". Tal disposição foi aprofundada nos incisos deste mesmo art. 170, no qual o próprio direito à propriedade privada (II), se viu relativizado e sopesado por outros, tais como "a função social da propriedade" (III), a "defesa do consumidor" (V), e a "defesa do meio ambiente" (VI);

37) A caracterização dogmático-constitucional do Estado Democrático Social de Direito prossegue no tratamento específico dado aos direitos sociais e culturais (já previstos como direitos fundamentais no Título II), no Título VIII da Constituição, onde foram pormenorizados e utilizados como esquemas organizativos iniciais para a promoção de políticas públicas. Por tudo isso, a Constituição de 1988, se caracteriza como

uma Constituição “dirigente” (vincula o legislador e os demais poderes estatais aos seus comandos normativos, limitando sua discricionariedade) por meio da qual se introduziu um efetivo Estado Democrático Social de Direito;

38) A Constituição de 1988, devido à sua estrutura normativa de recorte principiológico, autoriza e requer um amplo e aprofundado processo de reflexão por parte da sociedade brasileira, através de suas instituições, situadas em todos os planos (público e privado), com o seu próprio passado. Esta “reflexividade constitucional” se insere como pré-condição para a construção do seu futuro. É isso que sobressai da leitura do artigo 3º. e incisos, o dispositivo por meio do qual o Constituinte estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Visto que, todos os comandos ali enumerados, toda a teia normativo-principiológica que ele articula está orientada por um vetor, um axioma elementar, um “preceito fundamental” – a redução das desigualdades e a promoção das diferenças.

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

40) As normas constitucionais que autorizam e requerem a promoção de políticas públicas baseadas em ações afirmativas possuem a natureza de direito fundamental. Tal interpretação resulta, por óbvio, do fato destas serem na verdade um mero desdobramento ou densificação do “valor” ou “preceito fundamental” da igualdade, que lastreia todo o art.

3º. da CF/88, e no qual se estabelecem os objetivos da República Federativa do Brasil. Estes objetivos imantam todo o texto constitucional conferindo ao tema "igualdade" uma indiscutível hierarquia hermenêutica e, sobretudo, confere imperatividade ao princípio da igualdade jurídica formal, expressamente positivado no *caput* do art. 5º. da CF/88, por seu desdobramento em seus incisos XLI e XLII. Por isto, as autorizações constitucionais para a promoção de ações afirmativas, enquanto densificação institucional do princípio da igualdade constituem limitação material ao poder de reforma (art. 60, # 4º., IV), não podendo enquanto tais, serem sequer objeto de deliberação, proposta de emenda constitucional tendente a aboli-las.

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

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

43) Nesse sentido, temos o inciso XX do art. 7º, referente à proteção do mercado de trabalho da mulher; o art. 37, VIII, referente à reserva de um percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência; e o inciso IX do art. 170 (não obstante as modificações introduzidas pela Emenda 06/95) que instituiu um tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Além destes, temos outros dispositivos constitucionais por meio dos quais se requer a adoção de medidas protetivas voltada para indivíduos em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, como por exemplo, em decorrência de sua condição etária (crianças, adolescentes e idosos), conforme se deduz da leitura dos arts. 227 e parágrafos, e 230, todos da Constituição Federal;

44) Desde a promulgação da Constituição de 1988, diversas normas infraconstitucionais (e Constitucionais em nível estadual) foram editadas com o objetivo de se promover políticas públicas baseadas em ações afirmativas. Dentre estas, poderíamos citar: a) o art. 289 da Constituição do Estado da Bahia, que dispõe que, sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas será assegurada a inclusão de uma da raça negra; b) a Lei 7.853/89 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, disciplinando a atuação do Ministério Público, definindo crimes e dando outras providências; c) a Lei 8112/90, que em seu art. 5º., parágrafo 3º., assegura ao portador de deficiência física a reserva de 20% das vagas oferecidas em concurso público; d) a Lei 8213/91, que em seu art. 93 dispõe que empresas com 100 ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% à 5% de seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção: até 200 empregados (2%), de 201 a 500 (3%), de 501 a 1000 (4%), de 1001 em diante (5%); e) a Lei 8666/93 que dispõe em seu art. 24, XX, ser dispensável a licitação na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços e fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja

compatível com o praticado no mercado; f) a Lei 9504/97 que estabelece normas para as eleições de 1988, determinando que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento de suas vagas para candidaturas de cada sexo;

45) Políticas públicas baseadas em ações afirmativas, quando implementadas por quaisquer dos poderes estatais, por via legislativa ou administrativa – como seria o caso de sua instituição por uma universidade pública, com base em sua autonomia reconhecida constitucionalmente – o são em defesa do interesse de uma dada coletividade. Sendo assim, um indivíduo que inconformado com esta situação por participar de alguma relação jurídica por ela regulada, ajuíza uma ação contra esse órgão público em razão de tal política, o faz ao menos em tese, contra os interesses de toda aquela coletividade e, em defesa dos interesses de uma outra. O seu pedido, não está fundado em um “direito subjetivo”, do qual seja titular, mas em um “interesse legítimo”. Ou seja, o direito subjetivo corresponde a um “interesse personalizado”, exclusivo e excludente, o qual, mesmo quando não impede que mais de um indivíduo litigue conjuntamente, dirimindo-se em um único litígio o interesse de múltiplas pessoas, permite que, ao final, cada um obtenha uma reparação individual, exclusiva e excludente. Já no caso de interesse legítimo, o que se defende é inseparavelmente do indivíduo que apresenta a pretensão e de outros a ele equiparados na mesma situação, constituindo-se um interesse comum com outros indivíduos, um interesse concorrente e inseparável;

46) Com muita freqüência, poderá o Poder Judiciário vir a ser provocado para se manifestar acerca de alguma lesão ou ameaça à imagem, honra, dignidade, ou identidade coletiva de algum grupo vulnerável. Sobretudo, no caso de manifestações públicas, em especial, através de meios de comunicação de massas, por meio dos quais, se veicule imagens ou mensagens desabonadoras para a auto-estima ou à consideração social dos grupos em questão. Em situações como estas, caso o lesão não tenha ainda se concretizado, deve-se deferir uma tutela específica de modo a impedir a produção do fato. No entanto,

caso não seja possível à ação preventiva, ou caso a tutela deferida se mostre ineficaz para se atingir o resultado prático buscado pelo pedido, dever-se-á deferir as medidas reparatórias e compensatórias que se mostrem pertinentes – como, por exemplo, uma indenização em dinheiro a título de dano moral coletivo;

47) No que tange aos parâmetros para o exercício do controle jurisdicional das medidas instituidoras de ações afirmativas, parece que caminhamos para a pacificação da discussão em torno da sua constitucionalidade "em geral". Visto que, estão as mesmas visivelmente lastreadas na estrutura normativa da Constituição de 1988 e, contam até mesmo com a sua conceituação estabelecida em nível infraconstitucional, por exemplo, no caso de ações afirmativas voltadas para a tutela da mulher e contra a discriminação por motivo de raça, com previsão expressa nas duas Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil. Por isso, eventuais discussões judiciais deverão se dar em torno dos seus limites jurídico-normativos. Portanto, a sindicância jurisdicional deverá ser orientada pelos postulados normativos de aplicação da razoabilidade, proporcionalidade e adequação/necessidade. Ou seja, deverá necessariamente se instaurar em torno daquilo que se denomina por "devido processo legal em sentido substancial" - *substantive due process*;

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

49) Os parâmetros a partir dos quais deverão se dar uma decisão judicial em face de ações afirmativas serão majoritariamente constitucionais, e

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

50) O questionamento jurisdicional acerca da constitucionalidade de um ato normativo ou administrativo instituidor de ação afirmativa poderá se dar tanto no plano do controle difuso quanto na via do controle concentrado de constitucionalidade. No que diz respeito à natureza da relação jurídica que vincula as partes, discussões em torno das ações afirmativas terão sempre a qualificação de coletivas, visto que, não tutelam interesses de indivíduos, mas de grupos unidos em torno de um elemento discriminador em comum. Dessa forma, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, não se mostra adequada a utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), nem mesmo para impugnação de lei ou ato normativo – visto que, em termos gerais, ações afirmativas são autorizadas e até exigidas pelo sistema constitucional. Sendo a discussão em torno delas dirigida basicamente para uma dimensão quantitativa/qualitativa, equilibrando-se entre duas manifestações principiológicas de um mesmo “princípio fundamental”, temos que a ação adequada para se conhecer acerca de eventual desvio, excesso ou omissão de algum poder estatal em sede de ação afirmativa é a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) prevista no art. 102, parágrafo 1º., da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9882/99;

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

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

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

54) Os postulados normativos aplicativos diferenciar-se-iam dos princípios e das regras quanto ao nível e quanto à sua função. Distintamente dos princípios e regras que seriam objeto de aplicação, caberia aos postulados o estabelecimento dos critérios de aplicação dos princípios e das regras. Ao contrário dos princípios e das regras que servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas, bem como, condutas cuja adoção seria necessária para atingir certos fins, os postulados serviriam como parâmetros para a

realização de outras normas. De maneira que, em todos os casos de utilização de postulados, haveria necessariamente um raciocínio relativo à aplicação de outras normas do ordenamento jurídico;

55) No âmbito de um controle de constitucionalidade realizado com base no princípio substancial do devido processo legal, os postulados normativos aplicativos da razoabilidade, da proporcionalidade (e também o da proibição de excesso) desempenham um papel imprescindível no plano do controle intersubjetivo do processo decisório. No exame da razoabilidade-equivalência, analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e aquilo que ela visa punir ou financiar. No exame da proporcionalidade, investiga-se uma norma que institui intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição seria promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos. No exame da proibição de excesso analisar-se-ia a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental não estaria sendo atingido em seu núcleo essencial. Tais premissas serão de grande valia quando da apreciação judicial de litígios envolvendo discriminação positiva, visto que, com base em uma avaliação nelas fundamentada é que se colocará a questão referente à existência ou não de uma restrição excessiva de outros direitos fundamentais;

56) Como não admitimos a existência de dois gêneros normativos “paralelos”, nos parece que os “postulados normativos aplicativos”, assim como os “preceitos fundamentais decorrentes da Constituição” previstos pelo seu art. 102, parágrafo 1º., só poderiam existir, ou como novas espécies do gênero norma, ou como modalidades (subespécie) de uma das espécies admitidas. A segunda opção nos parece teoricamente mais interessante, visto que, os postulados se aplicariam tanto na estruturação de regras quanto de princípios, não possuindo um campo independente ou mesmo autônomo de aplicação ou manifestação. Como só existem por intermédio ou através de uma outra espécie normativa, não há em nossa opinião, como se justificar a sua existência como uma terceira espécie normativa no âmbito do gênero

norma jurídica. Também se apresenta problemática a sua classificação como uma modalidade de regra jurídica, devido à estrutura objetiva, marcada pelo pequeno grau de generalidade e acentuadamente preceptiva desta espécie normativa. Ademais, é corrente o entendimento segundo o qual os princípios atuam sobre as regras, inclusive atribuindo-lhes um vetor hermenêutico-interpretativo, mas a recíproca não nos parece verdadeira;

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

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

59) Os postulados não funcionam todos da mesma forma. Uma parte deles são aplicados independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento. Por exemplo, a "ponderação", exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões), mas não indica a maneira como deve se proceder nesse sopesamento. Não estabelece os elementos e os critérios não lhe seriam específicos. Também a "concordância prática" funciona de modo semelhante, caracterizando-se ele também como um "postulado inespecífico", visto que, exige a harmonização entre elementos, mas não diz qual a espécie desses elementos. Dessa forma, os elementos a serem objeto de harmonização seriam indeterminados. Igualmente a

"proibição de excesso" estabelece que a realização de um elemento não pode resultar no aniquilamento de outro. No entanto, os elementos a serem objeto de preservação mínima não são indicados. No mesmo sentido teríamos o "postulado da otimização", que estabelece a necessidade de maximização de algum elemento, mas não diz quais e nem como o seriam. Em situações como essas os postulados normativos exigiriam o relacionamento entre elementos, sem, contudo, especificar quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles. Seriam postulados normativos de aplicação eminentemente "formais", constituindo meras "idéias gerais", despidas de critérios orientadores da aplicação. Exatamente por isso, são definidos pela doutrina como "postulados inespecíficos" ou "incondicionais";

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

61) Situação semelhante se dará com outros postulados normativos aplicativos, tais como os da "razoabilidade", operável apenas a partir da relação estabelecida entre um plano geral e outro individual; ou do postulado da "proporcionalidade", cuja aplicação se vincula à existência de uma relação de causalidade estabelecida entre meios e fins. Em todos esses casos, de extraordinária importância para o nosso estudo, são estes postulados normativos de aplicação que, por excelência, utilizamos no âmbito da jurisdição constitucional para efeitos de implementação do princípio substancial do devido processo legal. Daí

serem definidos pela doutrina como “postulados específicos” ou “condicionais”. Isto porque exigem o relacionamento entre elementos específicos como critérios que devem orientar a relação entre eles. Seriam eles também postulados normativos formais, todavia, relacionados a elementos com espécies determinadas;

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

63) No que diz respeito ao postulado normativo de aplicação da proporcionalidade, este não deve ser confundido com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele só poderá ser aplicado em situações nas quais exista uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um “meio” e um “fim”, de tal modo que, se possa proceder aos “três exames fundamentais” que confere sentido e conteúdo ao postulado. O da “adequação”, por meio do qual, se indaga se o meio escolhido de fato promove o fim que almeja. O da “necessidade”, por meio do qual se tenta responder se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o

fim não existiria outro meio menos restritivo para os direitos fundamentais afetados. E por último, o da “proporcionalidade em sentido estrito”, por meio do qual se indaga se as vantagens obtidas pela promoção do fim corresponderiam às desvantagens provocadas pela adoção do meio. Nestes termos, a proporcionalidade na condição de postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim não possuiria aplicabilidade irrestrita. Isto porque, sua aplicação dependeria de elementos sem os quais não pode se manifestar – um “meio”, um “fim”, e uma “relação de causalidade” entre eles;

64) Levando-se em conta parâmetros de controle como os acima enumerados, não há como deixar de se reconhecer excessos em algumas propostas hoje em discussão no Congresso nacional, como aquela envolvendo a autoclassificação racial compulsória que se pretende instituir por meio de vários dispositivos contidos no Projeto de Lei 3.198/00 – conhecido como Estatuto da Igualdade Racial. Na forma como está previsto, caso um determinado cidadão se recuse a autoclassificar-se perante algum órgão da seguridade social ou do sistema único de saúde (dentre outros órgãos públicos previstos no projeto de lei), como estabelece o seu art. 16, poderá ele ser impedido de receber benefícios que a Constituição lhe assegurou expressamente. No entanto, não nos parece que possa o legislador, por meio de lei ordinária, restringir um direito fundamental previsto na Constituição sem qualquer menção à “reserva de lei”. Esta exigência parece afrontar também à inviolabilidade da intimidade do indivíduo, tutelada no inciso X, do art. 5º., da CF/88. Ademais, a autoclassificação, ao obrigar o indivíduo a assumir publicamente uma dada identidade racial, pode forçar, burocraticamente, o cidadão a adotar um padrão de identidade que, em face de nossa formação notoriamente miscigenada, pode ser compreendida como uma exposição pública constrangedora, indesejável e invasiva. Nesse sentido, obstar o pleno gozo de direitos fundamentais por sua recusa a autoclassificar-se racialmente pode ser tomado como violação ao inciso VIII do art. 5º. da CF/88, dado que tal recusa pode perfeitamente estar amparada em uma legítima convicção filosófica ou

política. Situada neste plano, tal imposição (autoclassificação racial obrigatória) não poderia ser instituída sequer por meio de emenda à Constituição;

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

66) Não obstante toda a manipulação ideológica que se fez e se faz sobre o tema ("mestiçagem"), tal fenômeno não foi criado pelo Estado ou por uma iniciativa deliberada das lideranças que ao longo de nossa história dominaram o sistema político brasileiro. Decorreram de uma produção cultural livre a autêntica. É o produto de uma "meta-narratividade" estabelecida no âmbito sócio-cultural na forma de um "grande diálogo" entre referências de todos os quadrantes da "nação brasileira" – cujo conceito e identidade não podem ser postos em discussão de conformidade com o próprio espírito da CF/88. Não parece estar em questão – ao menos no plano jurídico-constitucional – a edificação de um Estado estruturado com base em uma "federação racial".

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

procedimentos “facultativos” de autoclassificação) sejam isentas de qualquer conotação semântica depreciativa;

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

69) Mas de uma maneira geral podemos afirmar que, quanto mais destacados, acentuados e proeminentes os traços de natureza negróide, maior a carga de estigma, mais intensa se tornam as barreiras, visíveis e invisíveis, que se opõem ao livre desenvolvimento de sua personalidade. As ações afirmativas, ao mesmo tempo em que buscam corrigir e compensar tais discrepâncias, em razão da aproximação destes indivíduos de um padrão historicamente estigmatizado, procura atacar e dissolver os fundamentos do próprio estigma. Para isso valorizam a contribuição desses grupos para a nossa formação sócio-cultural, e os toma como medida de inclusão, de forma a produzir sentimentos de orgulho e auto-consideração a uma condição que até então apenas excluía, e que de uma maneira geral, aqueles a ela associados, procuravam esconder, dela se livrar;

70) Não nos parecem justificados os argumentos segundo os quais as ações afirmativas induziriam à prática de fraudes, realizadas por indivíduos que reivindicariam a sua condição de “negro” ou “pardo” exclusivamente para obter certas facilidades na sua formação educacional de nível superior. Tal suposição ignora solenemente a carga estereotipada que tal identificação em nossa sociedade ainda impõe, de forma que, pelos ao menos em um primeiro momento, o mais

provável é que muitos daqueles potencialmente beneficiados por programas como esse, deixem de pleiteá-los, para não atrair para si, o conteúdo estigmatizante a ele ainda associado. E se uma grande quantidade de indivíduos associados aos segmentos mestiços de nossa população passar a reivindicar a condição de afro-descendente como meio para atingir uma melhor formação educacional, neste caso, poderíamos afirmar que tal conduta seria um dos mais expressivos sinais de sucesso de tais políticas;

71) É justificado o controle da discriminação e do preconceito no âmbito da linguagem, das formas simbólicas por meio das quais se dá a representação do “outro”, daqueles que consideramos “diferentes de nós”. O preconceito e a discriminação não resultam de uma manifestação “natural” ou atávica dos sujeitos, sendo ensinado e transmitido, de forma deliberada, pelos pais, pelo entorno familiar e de vizinhança, ou até mesmo pela escola. No âmbito dos movimentos instituidores de ações afirmativas, a tentativa de se limitar, essa verdadeira fonte de produção de preconceitos e de intolerância, situada no plano do uso da linguagem, acabou por se tornar conhecida pela expressão “politicamente correta”. Nela se incluiriam toda a postura que se insubordina contra tratamentos indecorosos, que retratem preconceito, ofensa ou discriminação contra algum indivíduo identificado no contexto de algum “grupo minoritário.” Politicamente correta é a flexibilização das linguagens e imagens de identificação social, na qual, os pronomes de tratamento se submetem a “uma nova polidez”;

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

estético e cultural se aproximou perigosamente da censura, vulnerando de forma preocupante uma das mais importantes conquistas do Estado de direito – a liberdade de expressão;

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

74) No entanto, aquilo que a atitude “politicamente correta” buscou instituir, de *per si*, nos parece legítimo e desejável. Sendo a linguagem um meio de manifestação das relações de poder, é um espaço no qual se estabelecem subordinações e assimetrias e, ao mesmo tempo, onde se podem demarcar direitos, atribuir dignidade. É notório que por meio dela se difundem os preconceitos, os estereótipos, e os estigmas que se originam do “senso comum”, sendo então assimilados, sobretudo, pelas crianças. Por isso, a linguagem pode, em certas circunstâncias, ser objeto de disciplina ética e jurídica.

BIBLIOGRAFIA:

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

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

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

ALMEIDA MELO, Leonel Itaussu. John Locke e o individualismo liberal. In**:Os Clássicos da Política** (v.1) Wefort, Francisco C. (org.). São Paulo: Editora Ática, 1995.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

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

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

_____. **A política** . Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

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

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

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

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Lisboa: Livraria Almedina, 1994.

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

BARROSO, Luís Roberto.**O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: **Estudos de Direito Constitucional:**homenagem a Paulo Bonavides. SOARES, José Ronald Cavalcante (org). São Paulo: LTr, 2001

BASTIDE, Roger. **Brasil:** terra de contrastes. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971.

BERNARDO, João. **Marx crítico de Marx**. Porto: Afrontamento, 1977.

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

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

_____. **Direita e esquerda :** razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Editora Unesp, 1995.

_____.**Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001

_____.**Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Editora Campus,.

2000.

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

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

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

BORDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

BOTTOMORE, T. **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1988.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In **: Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto **A**legre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

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

_____. Da Constituição Dirigente ao direito comunitário dirigente. In **"Brancosos" e Interconstitucionalidade :** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

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

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In**:"Brancosos" e Interconstitucionalidade :** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**:** Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed) 1999.

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

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

CASTRO ANDRADE, Regis**.** Kant: a liberdade, o indivíduo e a república**.** In **: Os Clássicos da Política.** (v. 2) **.**Weffort, Francisco (org.). São Paulo: Editora Ática, 1998.

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

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

CUNHA JR, Henrique. Movimento negro após a Conferência Nacional da Promoção da Igualdade Racial. In**:Revista Espaço Acadêmico** , v.5, n. 51, ago. 2005. Disponível em: http://www.espacoacademico.com.br/051/51cunhajr.htm. Acesso em: 10 jan.2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

DUMONT, Louis. **O individualismo :** uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUVERGER, Maurice. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Barcelona: Editorial Ariel, 1980.

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

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

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

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Global Editora, 1982.

EVANS, Peter. **A Tríplice Aliança**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1984.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FARIAS MELLO, Marco Aurélio Mendes. Ótica constitucional : a igualdade e as ações afirmativas. In: **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. SILVA MARTINS, Ives Gandra. (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

FARIA SANTOS. João Paulo. **Ações afirmativas e igualdade racial :** a contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FERNANDES, Florestan. **Apontamentos sobre a teoria do autoritarismo**. São Paulo: Editora Hucitec, 1979.

_____. **A revolução burguesa no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

_____.**Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. **Revista do TST,** Brasília, v**.** 69, n. 2, jul/dez, 2003.

FERREIRA MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1992.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. O debate constitucional sobre as ações afirmativas **.**

In :SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (orgs.). **Ações afirmativas:** políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo :** la defensa del de usuário y del adminsitrado (tomo 2**)** Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GORZ, André. **Crítica da divisão do trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GRAMSCI, A. **Maquiavel, a política e o Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** : a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.). 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Direito e democracia :** entre facticidade e validade**.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Era das** t**ransições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

_____. **Teoria de la accíon comunicativa:** complementos y estúdios prévios. Madrid: Cátedra, 1994.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia del espiritu**. México, DF: Fondo de Cultura, 1991.

_____. **Introdução à história da filosofia**. Coimbra: Armênio Amado

(ed.) 1980.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.) 1998.

_____. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (ed.) ,1991.

HOBBES, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos :** o breve século XX, 1914-1991 .São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAEGER, Werner. **Paidéia :** a formação do homem grego . São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KANT, I. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

_____.. **Crítica da razão prática**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1982.

_____.**Crítica da razão pura**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1982.

_____.Fundamentação da metafísica dos costumes. In **: A idéia de justiça de Platão a Rawls**. MAFFETTONE, Sebastiano**;** VECA, Salvatore. (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KUCINSKI, Bernardo; BRANFORD, Sue. **A ditadura da dívida**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

LENIN. V. I. U. Imperialismo, fase superior do capitalismo. In: **Obras Escolhidas**. São Paulo: Alfa Omega, 1982.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,1983.

MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo :** de Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva:**ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.

MAFFETTONE, Sebastiano. VECA, Salvatore. (orgs.). **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGALHÃES, José Luís Quadros de. **O constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição**. Jus Navigandi,

Teresina. ª 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em : http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5769. Acesso em: 22 jan. 2005.

MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Cláudia Barcellos. **Raça como retórica :** a construção da diferença . Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In **: Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Difel, 1984.

_____. Crítica do programa de Gotha. In: **Obras Escolhidas.** São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

_____. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

_____. O manifesto do partido comunista. In : **Obras Escolhidas** (v. 1). São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

MENEZES, Paulo L. **A ação afirmativa no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin**.** O conceito de dignidade humana**:** substrato axiológico e conteúdo normativo. In **: Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

MOTTA PEÇANHA, José Américo. **Platão :** vida e obra**.** São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido processo legal :**aspecto material .Curitiba: Juruá Editora, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo. v. 35, n. 124, jan/abr. 2005.

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

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

POLANY, Karl. **A grande transformação**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1988.

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

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

_____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

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

REIS, João José; SILVA, Eduardo. **Negociação e conflito :** a resistência negra no Brasil escravista. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade :** no estado de direito. Franca, SP: Editora Lemos & Cruz, 2004.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro :** a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

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

RODRIGUES, J. H. **Conciliação e reforma no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

ROSENFELD, Anatol. **Negro, macumba e futebol**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1993.

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

_____. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1995.

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças :**cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis:** uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2002.

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

SILVA, Alexandre Vitorino. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro**. Disponível em : <http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=3479>. Acesso em: 12 jan. 2007.

SILVA, José Afonso.**Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SKIDMORE, Thomas E. **Preto no branco :** raça e nacionalidade no pensamento brasileiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

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

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

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica :** uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

TURRA, Cleusa; VENTURI, Gustavo (orgs.). **Racismo cordial :** a mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil .(Folha de São Paulo / Datafolha). São Paulo: Editora Ática, 1995.

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

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

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

VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1992.

_____. **Economia y sociedad**. México, DF: Fondo de Cultura Econômica, 2004.

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