

Ação afirmativa

O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

SUMÁRIO

1. O princípio da igualdade e a ação afirmativa no Direito Constitucional. 2. A ação afirmativa na Constituição Brasileira de 1988 e na legislação infraconstitucional. 3. Conclusão.

1. O princípio da igualdade e a ação afirmativa no Direito Constitucional

Até que ponto se tem assegurada a liberdade igual a todos, a oportunidade igual a todos numa sociedade em que os preconceitos são tão plurais e as discriminações tão freqüentes como nessa em que vivemos? Pode-se asseverar verdadeiramente, sem qualquer traço de ingenuidade cômoda ou mesmo de hipocrisia mal dissimulada, que a igualdade é respeitada de modo eficiente e democrático apenas pela negação jurídica da desigualdade formal como comportamento válido? Ou talvez a questão pudesse ser colocada mais singelamente nos termos seguintes: a igualdade é um direito efetiva e eficientemente assegurado no sistema constitucional pela sua mera formalização no rol de direitos fundamentais, no qual se proíbe a manifestação do preconceito? A interpretação dessa proibição, como conteúdo pleno do princípio, garante a igualdade jurídica? Ou o que se tem, pela adoção desse princípio, é a busca da igualação jurídica como princípio informador do sistema constitucional democrático, e é nesse sentido que há de caminhar o intérprete constitucional? O sistema constitucional democrático ocidental apenas garante que a desigualdade não é um direito, pelo que as condutas que manifestam preconceito ou discriminação são puníveis por contrariarem o Direito? Ao Direito

Cármem Lúcia Antunes Rocha é Advogada.

Constitucional é suficiente assegurar formalmente a igualdade e estabelecer o dever de ser punida a discriminação, ou volta-se ele à concepção de instrumentos pelos quais se promova a igualação jurídica e, dessa forma, aperfeiçoar-se o princípio da isonomia?

Se se indagar quais os sistemas constitucionais positivados e em vigor no mundo, tomando-se apenas desde o período que se seguiu à 2ª Guerra Mundial, nos quais o princípio da igualdade é formalizado como direito fundamental, não há dúvida de que a resposta abrangerá todas as Constituições (inclusive aquelas que são apenas nominais). Todavia, se se questionar, paralelamente, em quais Estados o princípio da igualdade é promovido (e não, em seu nome, tão-somente se concebe a desigualdade como comportamento antijurídico) segundo o sistema jurídico adotado e qual a extensão de sua eficácia, em todos eles haverá de se constatar que a resposta será oposta àquela oferecida à primeira indagação posta¹. 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 no 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. Do salário à Internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. Das prisões

¹ Relevante o caso de Cuba, onde a Constituição prevê a promoção da igualdade como obrigação do Estado, mas no qual prevalece regime antidemocrático, pelo que o exemplo é frágil para o conteúdo posto a exame, que se questiona e examina no âmbito e na perspectiva dos sistemas políticos e sociais democráticos, nos quais a igualdade jurídica tem conteúdo próprio.

às favelas, o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizado e civilizatório pelos que assim o criaram. Sem oportunidades sociais, econômicas e políticas iguais, a competição – pedra de toque da sociedade industrial capitalista – e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais.

Por essa constatação histórica irrefutável é que, desde a década de 60, especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo, até então, cuidado. Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

É certo que coube à doutrina o grande mérito de haurir do princípio negador da validade do preconceito, como motivo de ação aceitável no Direito, o princípio maior da igualdade, alargando na terminologia do princípio o que não se continha em seu conteúdo e nas normas jurídicas que lhe fixavam o conteúdo e a forma de aplicação.

Urgia, pois, que se promovesse constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva, a dizer, promotora da igualação. Os iguais mais iguais que os outros já tinham conquistado o “privilégio” da igualdade. E os desiguais, ou aqueles histórica e culturalmente desiguais, sujeitos permanentes do Direito formal, mas párias do Direito aplicado, que não conseguiam ascender à igualdade jurídica desejada?

Diversamente do que, desde a primeira década deste moribundo século XX, ocorrera quanto ao direito de propriedade e da segurança, o princípio da igualdade jurídica não tinha passado por modificação, em seu conteúdo, interpretação e aplicação, tão profunda quanto aqueles.

No curso dos séculos XIX e particularmente do XX, os direitos de propriedade e da segurança pública, dentre outros considerados fundamentais no sistema constitucional, ganharam contornos de obrigações sociais, positivando-se instrumentos para a sua realização efetiva (o princípio da função social da propriedade incorporou-se como obrigação da Constituição de Weimar de 1919, inscrita como foi no art. 123 daquele documento, e a obrigação de toda a sociedade pela segurança individual e social passou a ser instrumentalizada nesse sentido pelas Leis Fundamentais).

Quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson, em 4 de junho de 1965, na Howard University, se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições.

Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na princiologia dos direitos fundamentais. Naquela ordem se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação dos grupos ditos das minorias, desiguais social e, por extensão, juridicamente.

A mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da *ação afirmativa*, determinou a implantação de planos e programas

governamentais e particulares² pelos quais as denominadas minorias sociais³ passavam a ter, necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas. Note-se que não apenas

² Esclarece Archibald Cox, em escólios sobre o tema, que “an executive order was issued, requiring federal contractors to take *affirmative action* to recruit and employ racial minorities, even in the absence of a determination that the particular employer had previously engaged in unlawful discrimination. Under that order specific affirmative action plans were developed for the construction industry area by area, setting percentage targets for the employment of minority journeyment and apprentices in each craft on each job. A federal law, now expired, was enacted requiring that 10 percent of each grant for local public works projects ‘shall be expended for minority business enterprises’. Many cities and towns in all parts of the country had engaged in open or covert racial discrimination in employing firefighters and police officers. Courts, in proof of such violation of the Equal Protection Clause, fixed quotas for minority employment to remedy the wrong. Some fire and police departments acted voluntarily. Colleges and universities adopted various forms of minority admissions plans”. (The Court and the Constitution, Boston : Houghton Mifflin Company, 1987. p. 270)

³ Não se toma a expressão *minoria* no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, minoria, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se *contam* os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma *minoria* pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como *minorias*, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.

peças físicas, mas inclusive pessoas jurídicas, pequenas empresas, empresas de propriedade de membros de grupos minoritários étnicos, raciais, discriminados de maneira geral (negros, mulheres) ou especial (orientais de alguns Estados), etc. passaram a ser sujeitos da *ação afirmativa*.

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

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

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

Assim, a definição jurídica objetiva e

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

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

O papel dessa Corte norte-americana no tema dos direitos humanos, sua responsabilidade pelo repensamento e refazimento do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao princípio jurídico da igualdade, têm sido considerados fundamentais, especialmente no período que se seguiu à 2ª Grande Guerra. A ela – e, em geral, ao Poder Judiciário, nos Estados em que ele desempenha um papel forte como direta e efetivamente responsável pelo respeito e pela prática da Constituição, ou às Cortes Constitucionais, nos Estados onde a elas cabe esse mister – tem sido atribuído o avanço das concepções e execuções efetivas e eficientes das normas dos direitos fundamentais.⁴

Enquanto até a década de 30 o Poder Legislativo era o principal responsável pelo alargamento dos direitos fundamentais, que passavam, por meio de leis, a comporem o quadro reconhecido daqueles que eram assegurados, tocando ao Poder Executivo o papel garantidor do respeito a eles, a partir da 2ª Grande Guerra o Poder Judiciário nos Estados Unidos, por meio da Suprema Corte, basicamente sob a presidência de Earl Warren, e as Cortes Constitucionais nos Estados europeus passaram a ser os principais pólos institucionais não apenas garantidores, mas

⁴ Leciona Archibald Cox que “... all the theories assert that the ultimate protection for minorities, for spiritual liberty, for freedom of expression and political activity, and for other personal liberties rightfully comes from the Judiciary.” (Op. cit., p. 179)

ativadores, em parte, do reconhecimento de novos direitos tidos como fundamentais a partir de então. O que se acredita é que, a partir do período imediatamente pós-guerra e até o início da década de sessenta, passou-se a ter consciência de que os litígios constitucionais, mesmo traduzindo interesses individuais, continham elementos que se espalhavam e densificavam em toda a sociedade e, dessa forma, constituíam fonte de reconhecimento de direitos fundamentais para todos na sociedade. Os grupos minoritários, mesmo os grupos politicamente organizados mas não-participantes dos esquemas dos governos em exercício, passaram a vislumbrar o processo judicial constitucional como um processo político de conquistas ou de reconhecimento de direitos conquistados, mas ainda não-formalizados, expressamente, nos documentos normativos.

Nos Estados Unidos, a denominada *constitutional adjudication* passou a ser traduzida como um dos instrumentos da mutação constitucional necessária e amadurecida no seio da sociedade, a dizer, a mudança informal da Constituição fez-se encaminhar exatamente pela via judicial, e não pela via legislativa. Iniciou-se, então, o movimento chamado de *realismo legal*, pelo qual se reconheceu que não bastava a formalização da norma constitucional, sendo imprescindível a interpretação da norma segundo a experiência socio-histórica a qual ela é aplicada.⁵

No fluxo dessa mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra é que se entronizou, no sentimento jurídico dos povos, a consciência de uma necessária transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os

fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade.

Na esteira desse pensamento, pois, é que a *ação afirmativa* emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados. Daí a necessidade de se pensar a igualdade jurídica como a igualação jurídica que se faz, constitucionalmente, no compasso da história, do instante presente e da perspectiva vislumbrada em dada sociedade: a igualdade posta em movimento, em processo de realização permanente; a igualdade provocada pelo Direito segundo um sentido próprio a ela atribuído pela sociedade.

No caso *University of California Regents v. Bakke*, votava o Juiz da Suprema Corte Americana William Brennan pela constitucionalidade da fixação de assentos para a minoria, adequada que seria, para ele, o ato em exame, porque compatível com a *Equal Protecting Clause*

“articulated purpose of remedying the effects of past societal discrimination (is) sufficiently important to justify the use of race-conscious admissions programs where there is a sound basis for concluding that minority underrepresentation is substantial and chronic, and that the handicap of past discrimination is

⁵ É, ainda, Archibald Cox que expõe: “In the 1960s, the same impulses inspired dreams of Camelot and President Lyndon B. Johnson’s thrust toward ‘the Great Society’. Then the Court (Supreme Court) and much of the political world marched of the same tune.

At the same time that the Court’s sense of responsibility for individuals and minorities was growing, losers in the political process were becoming more conscious of the potentials of constitutional adjudication for achieving goals not attainable through the political process, and they were also becoming better equipped to use them. ...

The jurisprudence identified as ‘legal realism’ encouraged the work of reform in the name of Constitution. ... The legal realists poked fun at those

who followed ‘the law up there’, conceiving law to be ‘a brooding omnipresence in the sky.’ Their text ... became Holmes observation the ‘the life of the law has not been logic but experience.’ Law, he and they asserted, is made by human hands and reflects the judges’ morals, policies, and prejudices. This view, when pressed to its logical extreme to the exclusion of other forces in decision making, frees the contemporary judge on a court of last resort to decide as he pleases, writing his own values and social policies into the law whenever he can win the assent of a majority of his colleagues. Law becomes ‘policy science’; the social good, not adherence to law, becomes the judge’s obligation. Few judges accepted the extremes of legal realism. Many were deeply influenced”. (Ibidem)

impeding access of minorities to medical school”.

Nesse mesmo julgamento pronunciava-se o Juiz Harry Blackmun:

“In order to get beyond racism we must first take account of race.... and in order to treat some people equally we must first treat them differently”.⁶

O conteúdo, de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou uma nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa. Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje.

2. A ação afirmativa na Constituição da República de 1988 e na legislação infraconstitucional

O princípio da igualdade jurídica é de sempre da norma constitucional brasileira. O preconceito é de sempre da prática brasileira. Desde a primeira Constituição brasileira – a Carta Imperial de 25 de março de 1824 – a igualdade é contemplada como princípio insculpido entre os direitos fundamentais assegurados ao indivíduo. A escravidão, então vigente, nem considerava todo indivíduo gente, que dirá igual...

A doutrina constitucional brasileira, desde a voz augusta de Pimenta Bueno, celebra a

igualdade jurídica como pedra de toque do constitucionalismo democrático a ser tomado como objetivo fundamental do Estado brasileiro. Nem o constitucionalismo, nem a democracia, nem sequer o Estado brasileiro têm sido realizados como seria de se desejar até hoje. Por isso é que ser brasileiro é lutar todo dia como cidadão pela realização de uma cidade política justa para todos, sem chance para esmorecer pelo tanto que há a fazer...

Não foi, pois, sem razão ou causa que o constituinte pátrio de 87/88 fez emergir, com peculiar força jurídica, no sistema constitucional por eles 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 patenteada em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa está inserida no princípio da igualdade jurídica, concebido pela Lei Fundamental do Brasil, conforme se pode comprovar de seu exame mais singelo.

A Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a idéia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los. Em texto sobre a Constituição, relevava 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”.

Essa convulsão tem, no olho do vulcão, a desigualdade social, econômica, regional, que tem enredado o tecido político brasileiro.

Por isso mesmo é que, mesmo não tendo força de norma, mas tendo a função de elucidar o rumo palmilhado pelo constituinte, o preâmbulo traduz a preocupação de se “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais,... a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”.

Já, então, vê-se que, pela posituação da

⁶ BLACKMUN apud cox, p. 279.

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 havidas na sociedade, mas que se pretende instituir, vale dizer, criar ou recriar as instituições segundo o modelo democrático, para se 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 pilstras 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).

Mas não se poderia pensar que ele apenas comparece de maneira mais freqüente ou vigorosa no sistema constitucional de 1988, tendo o mesmo conteúdo que lhe era próprio na vigência de Constituições e Cartas brasileiras anteriormente vigentes.

E a sua transformação essencial oferece-se à mostra, clara e indubitavelmente, no art. 3º, I, III e IV, que vale a pena transcrever:

“Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

...

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos,

especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.

Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

Pois daqui para a frente, nas novas leis e comportamentos regulados pelo Direito, apenas seriam impedidas manifestações de preconceitos ou cometimentos discriminatórios. Mas como mudar, então, tudo o que se tem e se sedimentou na história política, social e econômica nacional? Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos.

O art. 3º traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-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 anti-jurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos.

E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda 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.

Daí porque, entre os objetivos fundamentais da República, estabeleceu-se, primariamente, a determinação de se construir uma nova sociedade brasileira, segundo paradigmas constitucionalmente traçados.

Mais que isso, e esclarecendo que o movimento de mudança teria que ser feito em direção determinada pela norma fundamental da República, a Constituição traz, naquele dispositivo, o mandamento de se *erradicar a pobreza* (uma das fontes de maior discriminação e preconceitos no Brasil) e a *marginalização*, e, ainda, *reduzir as desigualdades sociais e regionais*.

A pobreza – mais que isso, e bem pior, a miséria, que predomina em bolsões enormes – reduz à total impraticabilidade um dos princípios da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Até porque a pobreza extrema, qualificada pela miséria, destitui da pessoa a sua própria humanidade. Daí a determinação de se projetarem políticas públicas e comportamentos administrativos públicos e privados (porque a ordem do dispositivo não é para a exclusiva ou única ação das entidades públicas) no sentido válido somente quando permitirem ou se voltarem à erradicação da pobreza e da marginalização.

Mais ainda, no mesmo inciso III do art. 3º, determina-se que se tenha em vista o objetivo fundamental a ser perseguido, o de *reduzir as desigualdades sociais e regionais*, de maneira tal que não é suficiente, nos termos postos expressamente na Constituição, que não se tolerem desigualdades; antes, cuida a Lei Fundamental de expressar a exigência de que se adotem procedimentos para reduzir aquelas que são havidas na sociedade brasileira.

O inciso IV do mesmo art. 3º é mais claro e afinado, até mesmo no verbo utilizado, com a ação afirmativa. Por ele se tem ser um dos objetivos fundamentais *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

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 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, justo e solidário. 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.

Pode-se, ainda, ter clara a mudança havida na concepção do princípio da igualdade jurídica, pela sua positivação no art. 5º da Constituição.

Alterando a formulação que tradicionalmente se fizera nas Constituições brasileiras, nas quais o princípio da igualdade jurídica vinha sempre entre os incisos (ou parágrafos, segundo a técnica empregada pelo constituinte) do artigo que cuidava, em cada uma, dos direitos fundamentais reconhecidos e assegurados (art. 179, incisos 13, 14, 16, dentre outros, da Carta de Lei Imperial, de 25 de março de 1824; art. 72, § 2º, da Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891; art. 113, inciso 1, da Constituição da República, de 16 de julho de 1934; art. 122, inciso 1º, da Carta de 10 de novembro de 1937; art. 141, § 1º, da Constituição da República, de 18 de setembro de 1946; art. 150, § 1º, da Carta de 24 de janeiro de 1967; art. 153, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), a Constituição da República de 5 de outubro de 1988 inicia o articulado sobre direitos e garantias fundamentais exatamente com a referência expressa ao princípio da igualdade jurídica, que é repetida no texto do mesmo dispositivo logo em seguida.

Vem a pêlo, nessa passagem, transcrever-se o dispositivo:

“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: ...”.

A topografia do princípio, alterada, pois, em seu tratamento constitucional tradicional, demonstra bem o cuidado com a igualdade na estruturação do sistema fundamental inaugurado em 1988.

Iniciado o tratamento dos direitos fundamentais com a afirmação do princípio da igualdade, expõe, ainda, a Constituição a extensão de sua obrigatoriedade ao legislador infraconstitucional, pelas duas normas havidas nos incisos XLI e XLII do mesmo art. 5º, segundo os quais

“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”,

e

“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Transformado o tratamento constitucional do princípio da igualdade em sua alocação e em sua dicção constitucionais, seria de se pensar que o seu conteúdo se tivesse mantido o mesmo de antes das modificações radicais processadas no Direito?

Parece que não é o que autoriza pensar o conjunto de princípios e regras que se enredam sobre o tema permanentemente voltado à igualação, preocupação muito maior do que a mera igualdade estática antes vislumbrada e assegurada.

Não fosse pelo tratamento diferenciado do que antes se havia tido constitucionalmente sobre o tema, necessário seria apenas que se atentasse a algumas regras expressas do sistema promulgado em 1988, para se certificar da correção do entendimento segundo o qual a modificação do princípio, o avanço em sua concepção são flagrantes no texto, mais que apenas no contexto da Constituição.

Tome-se como primeira regra contenedora do princípio da igualdade pensado em sua concepção de afirmação necessária da igualação dos desiguais na sociedade (conceito dinâmico e transformador de uma realidade injusta, desigual e, portanto, nem fraterna e nem

solidária) o art. 37, VIII, da Lei Fundamental da República, que estabelece:

“Art. 37 -...

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

O que vem a ser tal determinação normativa senão o que a prática e a jurisprudência constitucionais norte-americanas denominaram *ação afirmativa*?

Os portadores de deficiência vêm se ressentindo, há séculos, das mais variadas formas de preconceitos. Até há pouco, considerados *castigados* por alguma divindade e *marcados por essa pena* também socialmente, eram eles privados do acesso às oportunidades de trabalho e de obtenção de condições mínimas de dignidade e da igual liberdade de realizar-se como ser humano.

Não é novidade a ocorrência, em muitas ocasiões, de afastamento de portadores de deficiência física de alguns cargos públicos, para os quais eram reprovados nos concursos públicos, ao argumento das bancas examinadoras de que a deficiência os estigmatizariam e impediriam o seu exercício de autoridade, de que alguns cargos se revestiam.

Não era, pois, a comprovação de que a deficiência os deixava inabilitado física ou psiquicamente para o desempenho que os conduzia à reprovação; era tão-somente a deficiência moral dos espíritos menores agrilhoados em seus preconceitos.

Daí o advento da norma supra transcrita, que reserva percentual dos cargos e empregos públicos para aqueles que se vêm a braços com essa insidiosa forma de discriminação, afirmando-se, então, constitucionalmente, a ação que desiguala desiguais sociais para igualar juridicamente os sujeitos de uma relação cultural e tradicionalmente equivocada e injusta.

Não duvido, assim, que, se sobrevier um concurso público para Procurador do Estado, destinado a prover, por exemplo, dez cargos daquela carreira, e vier a ser classificado um portador de deficiência visual (o que não o inabilita para o desempenho do cargo postulado) em 12º lugar, sem que se tenha previsto qualquer percentual diverso e sem que entre os dez primeiros se apresente qualquer outra pessoa portadora de deficiência, poderá ingressar em juízo o interessado classificado e,

inexistindo lei específica, por meio de mandado de injunção, poderá ele obter a garantia de nomeação para um dos dez cargos, pois a afirmação está assegurada constitucionalmente como direito preferencial do portador de deficiência.

O que se tem pela regra do art. 37, inciso VIII, da Constituição da República é a expressão ou a 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, desiguando, agora, positiva e afirmativamente.

A definição dos critérios de admissão dos portadores de deficiência para a execução da ação constitucionalmente determinada é entregue ao legislador, na forma disposta na norma em foco, pois cada cargo ou emprego tem as suas peculiaridades, que precisam ser confrontadas com algumas particulares condições dos postulantes do direito preferencial.

Não destoia da mesma orientação a regra contida no art. 170, IX, da Constituição da República, em sua feição originária e mesmo com a nova norma introduzida no lugar daquela preliminarmente promulgada, com a Emenda Constitucional nº 6 de 1995.

O art. 170 da Constituição da República, no qual se elencam os princípios gerais da ordem econômica com o fim de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, repete, em seu inciso VII, o princípio da igualdade jurídica como ação voltada à redução das desigualdades regionais e sociais (repetindo-se, portanto, o objetivo fundamental da República estabelecido no inciso III do art. 3º). No inciso que àquele se segue, estampa-se a imposição da *ação afirmativa* “privilegiadora” de determinados grupos sociais que não receberam o tratamento coerente com a sua condição desigual, segundo se entendeu, na gestão da Lei Fundamental, como sendo necessária.

Assim, dispunha a norma no art. 170, inciso IX, quando da promulgação do texto originário da Constituição:

“Art. 170 -...

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.”

A Emenda Constitucional nº 6 de 15 de agosto de 1995⁷ introduz a seguinte norma no sistema fundamental vigente, modificativa daquela supratranscrita e que foi, então, suprimida pelo advento desta:

“Art. 170 -...

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

Verifica-se que tanto a primeira quanto a segunda norma dispõem 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 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.

⁷ A nova norma constitucional surgida com a promulgação da emenda mencionada tem sido referida como “com nova redação dada pela Emenda...”.

Cuida-se, a toda evidência, de um equívoco na descrição do fenômeno da reforma das leis e, inclusive, das normas constitucionais.

Dar nova redação a uma norma jurídica é deixar que se permaneça a mesma norma, apenas conferindo-se a ela uma outra forma de expressão. Dando-se nova redação a qualquer texto, legal ou não, não se modifica o dito, apenas reveste-se-lhe de nova forma. Assim, inobstante quase todas as emendas constitucionais trazerem em suas respectivas ementas a referência a uma nova redação, o que se tem é a promulgação de uma nova norma, com novo texto, conteúdo e forma, pelo que não se cuida, absolutamente, de mudança apenas de redação como ao mais mal avisado poderia parecer.

Daí a referência acima feita de que ao que se tem, no caso da emenda constitucional – como, de resto, em todas as demais que proliferam no sistema brasileiro –, sobrevêm novas normas por meio de cada uma delas.

A Constituição Brasileira aponta, ainda, para a “proteção especial” às crianças e aos adolescentes (aqui não como uma afirmação de condições passadas, mas de uma prevenção e perspectivas de melhorias para o futuro desses grupos), em seu art. 227 e §§, bem como aos portadores de deficiência física, sensorial ou mental, aos idosos, em seu art. 230, revelando, todas essas passagens, que a Constituição desigual para realizar o princípio da igualdade, ou para efetivar a igualação jurídica para sobrepor à desigualação física, social e econômica um padrão que assegure, eficazmente, a dignidade humana como princípio maior do Direito Constitucional Contemporâneo.

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.

O que se demonstra com os exemplos do art. 37, VIII, ou com o art. 170, IX, ambos da Constituição da República, dentre outros que se poderiam enfatizar, é tão-somente o conteúdo explicitamente caracterizado da nova concepção do princípio constitucional da igualdade jurídica.

Pelo que não apenas a Constituição, mas o sistema jurídico nacional em sua inteireza curva-se, condiciona-se, efetiva-se pela apreensão do princípio figurado com aquela concepção consagradora da obrigação de adoção de comportamentos que afirmam diferenças injustas, historicamente ou mesmo no presente, para que se superem as discriminações e se tenha a prática eficaz da igualdade no Direito.

Daí os exemplos que se podem arrolar de adequação das normas jurídicas infraconstitucionais que dão aplicação plena àquele princípio, transformando um entendimento que antes prevalecia quanto à igualdade jurídica.

Daí se tem, por exemplo, na Lei nº 8.666/93, denominada “Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos”, o seu art. 24, inciso XX, que estabelece:

“Art. 24 - É dispensável a licitação:

...

XX - 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”.

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 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.

Na esteira da ação afirmativa concebida como elemento de essência do princípio constitucional da igualdade no sistema jurídico vigente, sobreveio o art. 11, § 3º, da Lei nº 9.100, que “estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências”.

Reza o preceito:

“Art. 11 - Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher.

...

§ 3º - Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres”.

Novamente aqui se tem, expressamente, a fixação de percentual destinado ao preenchimento por grupo denominado dentre as *minorias*, no caso, as mulheres.

Não há qualquer distinção, pois, entre o que aqui se tem e o comando constitucional

determinador de fixação de cotas para os deficientes físicos, ou o favorecimento das empresas de pequeno porte, ou a proteção especial de determinadas categorias sociais.

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 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 desiguais 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*? Porque para os empregos e cargos de menor significação político-decisória não apenas se têm os mesmos direitos, como alguns são considerados *destinados às mulheres*. São assim aqueles que se vocacionam ao desempenho de tarefas domésticas ou artesanais, são assim aqueles que se têm, no serviço público, como atividades-meio, dentre outros que se poderiam citar. E na esfera política? As mulheres do mundo deste quase século XXI, sendo mais da metade da população, sendo quase a metade da população incumbida da atividade econômico-produtiva, são quase a metade das pessoas que ocupam os cargos de comando político-institucional nos Estados? Têm elas as mesmas condições de disputa? Representam sem

preconceito ou discriminação na igualdade do seu desempenho sócio-econômico e cultural? Recebem a mesma educação para a competição que os homens? São iguais no Direito? Em que Direito?

Curioso, contudo, é que, quando a Constituição definiu, inovadoramente, o princípio da igualdade, não se abalaram os homens – mesmo aqueles que são superiores espiritual e intelectualmente e já não se dispõem à convivência com prejuízos mais banais e superáveis como aqueles que dominam quanto à mulher – a argüir qualquer demasia ou excesso na igualação de desiguais como os negros (que a Constituição do Estado da Bahia, por exemplo, trata com preferencialidade, afirmando o que foi desigualado historicamente), os portadores de deficiência, etc..

É que não se tinha levado a ação afirmativa aos postos de comando político, como se cogita ter ocorrido, agora, com o advento do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.100/96.

Tem-se, assim, que o *assombro admirativo* com que reagiram os homens apenas demonstra, inequivocadamente, o preconceito que continua a prevalecer na sociedade em relação à mulher e, assim, a necessidade de se aplicar o princípio da igualdade com mais democracia e justiça do que a concepção tradicional, acanhada e formal, fazia nele conter.

Não se vislumbra inconstitucionalidade manifesta, nem sequer novidade, na norma do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.110/96. E se mais não tiver de positivo, tem a possibilidade de estampar preconceitos que se afirmam inexistentes mesmo por figuras masculinas respeitadas, admiradas e reconhecidas pela defesa dos direitos iguais de todos. É apenas um vício esse preconceito, tatuado, de tal maneira arraigado na história das sociedades, que nem quem lhe traz à alma o reconhece às vezes.

3. Conclusão

O grande avanço jurídico do princípio constitucional da igualdade é que esse passou, nas últimas duas décadas, de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito democrático dinâmico e positivo, vale dizer, de um momento em que por ele apenas se proibia a desigualação jurídica a uma fase em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica. O princípio constitucional da igualdade deixou de ser um dever social

negativo para tornar-se uma obrigação política positiva.

A *ação afirmativa* é, pois, a expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativa ou administrativamente imposto ou permitido.

Por ela revela-se não apenas um marco equivocado da discriminação havida no passado em relação a determinados grupos sociais, mas, principalmente, uma transformação presente que marca um novo sinal de perspectivas futuras, firmadas sobre uma concepção nova, engajada e eficaz do princípio da igualdade jurídica. A *ação afirmativa* traduz também o verdadeiro primado do interesse histórico e integral da sociedade sobre o interesse momentâneo e singular do indivíduo. Sem se deixar o direito desse ao desabrigo – tanto que apenas um percentual é fixado para a definição das minorias, deixando-se ao talento pessoal as disputas gerais dos cargos, empregos, oportunidades gerais para obtenção das 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 desiguou sem causa humana digna.

A construção da proposta constitucional e prática política, administrativa e social da *ação afirmativa* traduz em nosso tempo, segundo as novas cores da experiência social vivida neste final de século, o princípio da igualdade. Afinal, como afirmava Aristóteles, na *Ética de Nicômacos*,

“In the field of moral action, truth is judged by the actual facts of life, for it is in them that the decisive element lies.

So we must examine the conclusions we have reached so far by applying them to the actual facts of life; if they are in harmony with the facts, we must accept them, and if they clash, we must assume that they are mere words.”

A *ação afirmativa* constitui, pois, o conteúdo próprio e essencial do princípio da igualdade jurídica tal como pensado e aplicado, democraticamente, no Direito Constitucional Contemporâneo.

Por último, vale lembrar ainda uma vez Ulysses Guimarães, que, no intróito dos primeiros exemplares da Constituição de 1988, promulgada pelo Congresso Constituinte por ele presidido, salientava que “o homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania.” 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 se 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.