

POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NO CONTEXTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

AFFIRMATIVE ACTION POLICY IN THE CONTEXT OF CONSTITUTIONAL LAW BRAZIL

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini¹

Wilson Carlos de Campos Filho²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As fontes do direito e o sistema jurídico; 2.1 As fontes do Direito; 2.2 A teoria dos sistemas; 3. Breves apontamentos sobre a evolução do Estado Liberal para o Estado social; 4. A concepção das políticas de "ação afirmativa" – os precedentes oriundos do direito norte-americano; 5. Conceito de ação afirmativa; 6. A política de "ação afirmativa" sob a ótica da Constituição Brasileira; 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

RESUMO

O artigo propõe-se a estudar o tema das ações afirmativas, categoria surgida no direito norte-americano na década de 1960, visando a compreendê-la a partir das fontes do direito, da teoria dos sistemas e do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, comprometido com a realização de políticas públicas destinadas a superar desigualdades sociais. A partir desse contexto, analisa-se as ações afirmativas em face da Constituição de 1988, avaliando a compatibilidade dessas ações com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, para afirmar a sua constitucionalidade em face da Carta Maior. Por derradeiro, demonstra-se a necessidade de sua implementação como política de Estado no Brasil, destinada à superação das diversas formas de preconceito.

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Linha de Pesquisa - Atividade Empresarial e Constituição: Inclusão e Sustentabilidade. Líder do grupo de pesquisa "Ética, direitos fundamentais e responsabilidade social". Procurador de Justiça no Estado do Paraná. E-mail: mateusbertoncini@uol.com.br

² Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduado 'lato sensu' em Direito Tributário pelo IBET. Professor no Curso de Graduação em Direito da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: fontes do direito, teoria dos sistemas, ações afirmativas, constitucionalidade das ações afirmativas, discriminação positiva, discriminação reversa.

ABSTRACT

The article intends to study the theme of affirmative actions, an institute originated within the North America Law in the decade of 1960, aiming to comprehend it by studying the sources of law, the Systems' theory, the models of Welfare State and Legal State, committed to accomplish the public policy headed to eliminate wealth and income differences. Thus, the affirmative actions will be analysed in the presence of Constitution of 1988, measuring the compatibility of these actions with the law principles of Isonomy and Dignity, to affirm its judicial review in the presence of the Constitution of 1988. Finally, it will demonstrate the needs of using affirmative actions as a state policy in Brazil, headed to eliminate several types of prejudice.

KEYWORDS: sources of law, systems' theory, affirmative actions, constitutionality review of affirmative actions, positive discrimination, reverse discrimination.

1. INTRODUÇÃO

"Sempre que este assunto é trazido à tona, alguns de nossos amigos ficam horrorizados. Os negros devem receber um tratamento igualitário, eles concordam, mas não devem postular nada além disso. Superficialmente, essa posição parece razoável, mas não é realista. Isso porque é óbvio que se um indivíduo inicia uma corrida trezentos anos depois de outro indivíduo, o primeiro não conseguirá equiparar-se ao segundo a menos que faça alguma proeza inacreditável".³

A sociedade moderna e globalizada, da qual inegavelmente o Brasil é parte integrante, vem alterando sua postura em relação às políticas de inclusão social. O Estado não pode mais conceber uma disparidade tão grande entre classes e grupos sociais, como ocorria no Estado liberal, que surgiu como resposta ao

³ KING JR, Martin Luther. **Why We Can't Wait**. New York. Penguin, 2000.

Estado absolutista. E dentre as políticas de inclusão social adotadas pelos Estados modernos, do tipo social, encontram-se as ações afirmativas.

Como foco deste ensaio, buscar-se-á contextualizar a política de ação afirmativa, fazendo-se uma regressão ao movimento de transformação do Estado absolutista para o Estado social, a partir da Revolução Francesa e de seus ideais que, posteriormente, até mesmo em razão da constante mutação experimentada pela sociedade, veio a se transformar em Estado social de Direito.

Far-se-á uma correlação entre a necessidade da realização de políticas de ação afirmativa com o direito, demonstrando que tal ação do Estado, se analisada sob determinada perspectiva, pode ser considerada fonte de direito, tendo em conta o substrato filosófico de Niklas Luhmann, com sua teoria dos sistemas.

Como consequência dessa construção, analisar-se-á a política de ação afirmativa a partir da sua concepção no âmbito do direito norte-americano, para que seja possível demonstrar, após a conceituação dessa categoria, se a realização de tais políticas encontra respaldo na Constituição Federal de 1988.

Em razão do estudo, pretende-se responder aos seguintes questionamentos essenciais, sem prejuízo do enfrentamento de outras questões afins: as ações afirmativas são constitucionais em nosso sistema? A discriminação reversa apresenta-se como uma mera faculdade do Estado brasileiro ou se expressa como um dever das entidades públicas?

Para a realização da pesquisa será utilizado o método teórico-bibliográfico, pelo qual serão aplicados textos constantes de livros, artigos e publicações jurídicas no geral. Abordar-se-á o tema de maneira dedutiva e dialética, para se compreender as políticas de ação afirmativa no contexto do Direito Constitucional brasileiro.

Definidos o tema, o problema e o método, passa-se a estudar o assunto, naturalmente sem a pretensão de esgotá-lo, tamanha a sua complexidade, relevância e implicações jurídico-constitucionais.

2. AS FONTES DO DIREITO E O SISTEMA JURÍDICO

Como caminho necessário para se compreender a possibilidade de o Estado brasileiro adotar políticas de ação afirmativa, especialmente em razão delas ocorrerem por intermédio de enunciados com conteúdo prescritivo, deve-se – ainda que de forma sucinta – analisar as fontes do direito e passar os olhos na teoria dos sistemas.

2.1 AS FONTES DO DIREITO

A doutrina tradicional, talvez por não emprestar a devida atenção a este importante instituto jurídico que são as fontes do direito, contenta-se em descrevê-la fazendo uma associação com as fontes d'água, transparecendo a ideia de que se trata do nascedouro do direito, de onde promana o direito. É por essa razão que se perguntado à maioria dos operadores do direito o que são fontes do direito, a maioria deles responderá se tratar das leis, doutrina, jurisprudência e dos costumes.

Embora a análise das fontes do direito não seja o objetivo principal da nossa investigação, valendo-se de uma concepção diferente daquela comumente descrita pela doutrina acerca dessas fontes, busca-se enxergá-las como “focos ejetores de normas jurídicas”, enquanto processos de enunciação.

Por fontes do direito há de se compreender como “os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas, numa organização escalonada, bem como a própria atividade desenvolvida por esses entes, tendo em vista a criação de normas. Significa dizer, por outros termos, que não basta a existência de órgão devidamente constituído,

tornando-se necessária sua atividade segundo as regras previstas no ordenamento”⁴.

Todavia, o mesmo Paulo de Barros Carvalho adverte que: “tratar de fontes do direito deve levar o intérprete a refletir sobre o fato de que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo sem que seja introduzida por outra norma, tratada pela doutrina como *veículo introdutor de normas jurídicas*. Isso nos autoriza a falar em “*normas introduzidas*” e “*normas introdutoras*”. (...). Nos limites dessa proposta, *fontes do direito* serão os acontecimentos do mundo social, que juridicizados por regras do sistema e credenciados para produzir normas jurídicas que *introduzam* no ordenamento outras normas, gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas ou individuais e concretas”⁵.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar, na linha de investigação proposta por Paulo de Barros Carvalho, que o sistema do direito positivo é integrado por normas *introdutoras e introduzidas*, enquanto que o conjunto de fatos aos quais a ordem jurídica atribuiu teor de juridicidade, se tomados na qualidade de *enunciação* e não como *enunciados*, estarão formando o território das fontes do direito posto. Esta diferenciação proposta permitirá operar com as fontes como algo diferente do direito posto.

Diante dos pressupostos firmados, é possível sustentar que o estudo das fontes do direito está voltado para os fatos enquanto enunciação que fazem nascer regras jurídicas introdutoras, de forma que tais eventos só assumem essa condição por estarem previstos em outras normas jurídicas.

É por essa razão que Lourival Vilanova⁶ sentencia que:

As normas de organização (e de competência), e as normas do “processo legislativo”, constitucionalmente postas, incidem em fatos e os fatos se tornam jurígenos. O que denominamos “fontes do direito” são fatos jurídicos criadores de normas: fatos sobre os quais incidem hipóteses fácticas, dando em resultado normas de certa hierarquia.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 18.ed. São Paulo: Saraiva,, 2007, p. 47.

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, p. 48.

⁶ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 24.

O direito nasce, portanto, dos fatos que desencadeiam o processo de produção de normas jurídicas (enunciação), culminando com o produto legislado ou enunciado prescritivo que, nesta concepção, nada mais é senão veículo introdutor de normas jurídicas, ou seja, norma de estrutura.

Portanto, se os fatos sociais clamam por políticas públicas para promover ação afirmativa, buscando a integração dos negros e dos menos favorecidos na sociedade, de forma a propiciar a tais pessoas melhores condições de vida, pode-se afirmar que estes fatos, na perspectiva ora trabalhada, também são considerados fontes de direito se desencadearem o processo de enunciação mencionado.

Não se pode deixar de ressaltar as palavras de Rodrigo Santos Neves⁷, que assevera:

Como poderia o direito nascer de uma lei, ou de um julgado de um tribunal? O direito nasce do seio da sociedade, devido às necessidades desta e para supri-las. O direito não nasce da vontade do legislador – como afirmam os positivistas – nem do entendimento de um tribunal sobre uma determinada matéria (pois isto é apenas uma interpretação do direito).

Em outras palavras, as fontes do direito deixam de ser vistas como meras fontes formais (que nas palavras de Paulo de Barros Carvalho⁸, são as fórmulas que a ordem jurídica estipula para introduzir regras no sistema), e passam a ser encaradas como fontes materiais (que na visão do mesmo autor, se ocupam dos fatos da realidade social que, descritos hipoteticamente nos supostos normativos, têm o condão de produzir novas proposições prescritivas para integrar o direito posto), donde promanam os atos normativos (leis, decretos *etc.*), veículos utilizados para inserir normas no sistema jurídico.

⁷ NEVES, Rodrigo Santos. Função Normativa e Agências Reguladoras – Uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Economia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 39.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, p. 52.

2.2 A TEORIA DOS SISTEMAS

Neste trabalho, em que pese opiniões em sentido contrário, parte-se do pressuposto de que o direito é um sistema autopoietico, pois enquanto sistema complexo possui as características de ser auto-regulável e auto-referenciável. Cristiano Carvalho⁹ pondera que “os sistemas jurídicos modernos têm em si mesmos as regras de sua auto-produção, são, portanto, auto-referenciáveis”.

Os sistemas autopoieticos são assim caracterizados porque todos os elementos necessários às suas operações são produzidos internamente no próprio sistema, ou seja, o sistema autopoietico se auto-alimenta. A autopoiese, teoria desenvolvida pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varella, tomou como objeto o ser vivo enquanto sistema ao mesmo tempo *fechado*, em sua *organização interna*, e *aberto* para as informações advindas do *ambiente*.

Fazendo uma síntese das propriedades de funcionamento do sistema autopoietico, Cristiano Carvalho¹⁰ adota a seguinte classificação:

(i) é auto-regulável: significa que o sistema consegue manter o seu equilíbrio interno através da troca de informação com o ambiente. As respostas (“feedback”) do ambiente às mensagens que envia o fazem ajustar a sua ação futura;

(ii) é auto-gerativo: significa que o sistema produz seus próprios elementos;

(iii) é auto-referenciável: significa que o sistema tem em si mesmo as regras de sua auto-produção, i. e, o sistema fala sobre si mesmo (função metalinguística).

⁹ CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 130.

¹⁰ CARVALHO, Cristiano. Sistema, Competência e Princípios. In: Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos em homenagem ao Prof. Paulo de Barros Carvalho. Coord. Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro: Forense, p.861-896, 2005.

Em verdade, o sistema autopoietico é *fechado sintaticamente e aberto semanticamente*, ou seja, é fechado operacionalmente, mas aberto cognitivamente, razão de ser auto-regulável e auto-referenciável; mas apesar de produzir os elementos necessários à sua manutenção, há interação com o meio ambiente, que não o influencia diretamente, porém esse contato faz com que a sua estrutura processe as informações e perturbações advindas do ambiente, fazendo-o evoluir.

Da mesma forma, essa abertura semântica permite que o sistema autopoietico se comunique com outros subsistemas, que apesar de serem fechados operacionalmente, são interdependentes. Em outras palavras, o sistema autopoietico é formado por subsistemas que apesar de fechados, se intercomunicam, sendo essa característica que o torna vivo.

É por isso que Maturana diz que o sistema autopoietico, por produzir a si próprio, em produção contínua, apresenta uma característica de *clausura organizacional*, o que significa que o sistema é *autônomo* no sentido de processar as informações enviadas pelo ambiente, pois são as mensagens deste ambiente que irão estimular o sistema autopoietico.

Luhmann e Teubner afirmam categoricamente a autopoiese do sistema jurídico, que é fechado operacionalmente (ou normativamente), mas aberto cognitivamente, i. e, aberto às mensagens do ambiente, o que é condição para o processo autopoietico. A consequência da autopoiese para o domínio jurídico é a consagração da autonomia sistêmica, em relação aos demais sistemas sociais¹¹.

Qual a importância da autopoiese para o estudo das ações afirmativas? É que a discriminação positiva que se traduz por políticas de inclusão social dos negros e dos menos favorecidos não leva em consideração apenas o direito em si, mas também a sociologia, a psicologia, a antropologia, a ciência política e até mesmo a medicina, todos sistemas que se comunicam nessa autopoiese mencionada.

¹¹ CARVALHO, Cristiano. Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação, p. 130.

Feitas essas considerações sobre a teoria das fontes do direito e sobre a autopoiesis do sistema jurídico, já é possível avançar e começar a tratar do processo de transformação do Estado liberal para o Estado social.

3. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL

Sabe-se que desde a concepção da teoria da "Tripartição dos Poderes" por Locke e Montesquieu, e tendo em vista a rápida evolução da economia, notadamente a partir da revolução industrial, ocorreu uma concomitante transformação da sociedade, com reflexos no Estado, que vem passando por significativas alterações em sua estrutura política e jurídica.

Influenciado pela Revolução Francesa de 1789, forjada nos ideais de *liberdade, igualdade e fraternidade*, formou-se um Estado eminentemente capitalista, cujo objetivo primordial era proteger os interesses da burguesia, jamais a democracia. Tratando da relação entre a Revolução Francesa e o nascimento do Estado liberal, Paulo Bonavides leciona que "*A Revolução Francesa significou o triunfo do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política*"¹².

Juridicamente, também por influência da Revolução Francesa, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram usados para alçar a classe burguesa ao poder, com a conseqüente alteração no arcabouço normativo da sociedade, que até então estava sufocada pelo regime absolutista. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Constituição Francesa de 1789 e o Código Civil napoleônico são documentos que bem representam esse viés liberal da sociedade européia, a partir do final do século XVIII.

Concomitantemente a essa evolução do Estado absolutista para Estado liberal na Europa, o Brasil, à época, ainda vivia no período da escravidão e do comércio negro, onde os negros eram juridicamente considerados mercadorias, objetos

¹² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996, p. 43.

de mercancia, não se falando dos direitos de liberdade e igualdade para os membros dessa comunidade. Somente com a Lei Áurea, de 13 de maio de 1888, os negros deixaram de ser objetos de direito e adquiriram formalmente a condição de pessoa, de sujeitos de direito.

Retomando, no Estado liberal vigia o individualismo, a liberdade individual, num tipo de economia (capitalista) marcada pela liberdade de iniciativa, livre concorrência e propriedade privada, na qual os interesses privados ditavam os caminhos da sociedade, cabendo ao Estado tão-somente preservar as funções de saúde, segurança, justiça e guarda da soberania. A força do liberalismo econômico tornou-se mais intensa com a Revolução Industrial, posto que novas técnicas de produção foram colocadas em prática, a exemplo da mecanização da linha de produção e da introdução de novos conhecimentos tecnológicos, propiciando a massificação da produção e a maximização dos lucros.

Ocorre que ao mesmo tempo em que se experimentava a evolução tecnológica dos meios de produção, também a sociedade se transforma e a classe operária, força motriz do sistema de produção capitalista, passou a perceber sua importância neste mecanismo produtivo e a exigir melhores condições de trabalho, moradia e salários, compatíveis com a sua relevância para o modelo.

Em outros termos, em razão dos excessos do capitalismo, a sociedade passou a exigir a garantia de direitos, ou seja, não apenas uma liberdade formal, mas sim a liberdade material, que lhe garantisse direitos fundamentais sociais. Esta situação provocou a transformação do Estado, fazendo-o assumir um novo perfil ativo, interventivo, diverso da anterior condição negativa, interferindo na economia e nas demais relações privadas em nome dos interesses da sociedade e de seus membros.

Como leciona Joaquim B. Barbosa Gomes¹³: "(...) *de um Estado absenteísta e mero garantidor da ordem e do cumprimento dos contratos, expressão máxima do direito de propriedade, o mundo assistiu à emergência de um Estado*

¹³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia – uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado.** In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 50, p.285-311, Janeiro-Março de 2005.

intervencionista, provedor de prestações tendentes a minimizar e a corrigir as imperfeições e iniquidades do sistema capitalista". O Estado teve que abandonar sua postura negativa, de não intervenção, típica do regime liberal, para passar a adotar uma postura positiva, de intervenção e regulação econômico-social, típica do Estado de bem-estar social.

Foi a partir do primeiro pós-guerra, com o advento da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, que o modelo de Estado intervencionista ganhou força, em contraposição ao Estado liberal, de não intervenção ou de intervenção mínima nas relações de cunho privado.

A Constituição mexicana representou o marco inicial do Estado social, pois previu em seu texto a implementação de direitos e garantias individuais para o cidadão, dando nova roupagem normativa ao direito social do trabalho e ao direito de propriedade, fazendo valer, no segundo caso, a função social da propriedade. Segundo Fábio Konder Comparato¹⁴:

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana em relação ao sistema capitalista foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito, e, portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.

Não menos importante foi o papel desempenhado pela Constituição Alemã de 1919, tendo sido a primeira Carta Política européia a impor restrições ao liberalismo econômico até então experimentado, consagrando os direitos à saúde, previdência social, trabalho e educação, dentre outros.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 177.

São exatamente os direitos sociais dos trabalhadores e os direitos prestacionais à saúde, à assistência social e à educação, que identificam a transição político-institucional do Estado liberal para o Estado social, representando a libertação dos operários do controle e subserviência da classe burguesa, no dizer de Paulo Bonavides¹⁵:

À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado social.

No mesmo sentido, Luiz Roberto Barroso¹⁶ leciona:

Na segunda fase, referida como 'modernidade' ou Estado Social ('welfare state'), iniciada na segunda década do século que se encerrou, o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista, destinados a atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico. Novos e importantes conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os 'direitos sociais', tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores.

E essa evolução de Estado liberal para Estado social é absolutamente relevante para se entender a prática das ações afirmativas. Isto porque esse papel de Estado interventor, de buscar a redução das desigualdades sociais, é o pano de fundo para a adoção do modelo das também chamadas discriminações positivas ou reversas, visando a mitigar, na atualidade, os efeitos de algum tipo de discriminação iniciada no passado, a exemplo da segregação racial, cujos deletérios efeitos ainda estão presentes nos dias atuais.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social, p. 185.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: Revista de Direito Administrativo, São Paulo: Renovar, nº 229, p.285-311, julho/setembro de 2002, p. 286.

4. A CONCEPÇÃO DAS POLÍTICAS DE "AÇÃO AFIRMATIVA" – OS PRECEDENTES ORIUNDOS DO DIREITO NORTE-AMERICANO

Não se pode tratar do tema ações afirmativas, seja para defender posição favorável ou contrária, sem que se faça um exercício de análise dessa categoria do direito norte-americano, pois é inegável que foi lá o berço dessa modalidade política pública, originalmente destinada ao resgate da comunidade negra, vitimada pela escravidão e pelo preconceito racial. Foi nos Estados Unidos da América que se iniciou e se desenvolveu a teoria das ações afirmativas.

É bem verdade que as políticas de ação afirmativa iniciaram-se em função da necessidade de o Estado buscar reparar os equívocos cometidos com os negros em passado não muito distante (período da escravidão, com reflexos no presente), mas também é verdade que na atualidade, essas políticas sociais não se aplicam apenas à questão racial, mas também à inclusão dos menos favorecidos (econômica e socialmente), como é o caso dos povos indígenas, mulheres, crianças, idosos, pessoas portadoras de deficiência, homossexuais, estudantes pobres oriundos da escola pública *etc.*

Recuperando o foco da gênese das políticas de ação afirmativa, ao tempo da concepção da Constituição Federal dos Estados Unidos, passava o país por um intenso movimento que buscava a abolição da escravatura. Os escravos negros ainda eram considerados objetos de direito e não sujeitos de direito.

Com a transformação da sociedade, a escravidão foi abolida do direito americano, fazendo com que as legislações que até então prescreviam os direitos dos senhores sobre os escravos fossem revogadas. Apesar disso, os negros ainda viviam um regime de exclusão material, pois apesar de livres, não podiam exercer os mesmos direitos dos brancos, a exemplo de votar e ser votado ou se casar com uma mulher branca.

O marco legislativo da abolição da escravatura ocorreu com a aprovação da décima terceira emenda em 1865, tornando-se constitucionalmente vedada a

escravidão. Com a promulgação da décima quinta emenda em 1870, proibiu-se o cerceamento do direito ao voto por motivo de intolerância racial.

Com a fixação dos marcos constitucionais destacados, a Corte Suprema norte-americana, ao analisar o caso *Homer Plessy*¹⁷ (163 US 537 1896), apesar de entender que a décima terceira e a décima quinta emendas vedavam a escravidão e a discriminação, decidiu que a separação de negros e brancos em ambientes distintos nos trens de passageiros não se amoldavam às hipóteses constitucionais destacadas, por não se tratar a situação de submissão de raças. Essa decisão foi criticada no voto vencido do Ministro John Marshall Harlan¹⁸, que sustentou o seguinte:

Na minha opinião, o julgamento que hoje se concluiu se mostrará, com o tempo, tão pernicioso quanto a decisão tomada neste tribunal no Caso *Dred Scott*. A presente decisão não apenas estimulará a discriminação e a agressão contra os negros como também permitirá que, por meio de normas estatais, sejam neutralizadas as benéficas conquistas aprovadas com as recentes mudanças constitucionais.

Não é necessário grande esforço para se afirmar que o vaticínio do Juiz Marshall materializou-se no curso da história americana.

No contexto da segunda guerra mundial, iniciou-se um movimento de contratação de mulheres e negros para trabalharem na indústria, o que fomentou movimentos contrários às práticas racistas em busca da igualdade, culminando com a publicação do Decreto 8.806, de 25 de junho de 1941 – *executive order* – pelo então Presidente Franklin Roosevelt, que impedia a

¹⁷ *Homer Plessy*, um conceituado empresário de descendência afro-americana, necessitando realizar uma viagem de trem, optou por comprar uma passagem de primeira classe no vagão; depois de ocupar o seu lugar, foi abordado pela polícia sob a acusação de ocupação de área privativa a brancos. A negativa de *Plessy* em se retirar do vagão levou-o a ser preso e condenado por violar as leis estaduais de Lousiana; em razão deste acontecimento, *Plessy* ajuizou ação em face da empresa de trens e do Estado de Lousiana, utilizando como tese central a violação da décima terceira e décima quarta emenda da constituição americana (LIMA, George Marmelstein. **As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA II – Caso *Plessy vs. Ferguson***. Texto disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/10/23/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-ii-caso-plessy-vs-ferguson/>. Acesso em 30.11.2010).

¹⁸ LIMA, George Marmelstein. **As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA II – Caso *Plessy vs. Ferguson***. Texto disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/10/23/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-ii-caso-plessy-vs-ferguson/>. Acesso em 30.11.2010

prática de discriminação racial na contratação de empregados pelo governo federal e pelas empresas bélicas que mantivessem contratos governamentais.

Entretanto, a decisão paradigmática que representou a mudança de postura da Suprema Corte Americana quanto ao tema de segregação racial, foi construída a partir do caso *Brown vs Board of Education of Topeka*¹⁹, no qual se declarou que as legislações que estabeleciam escolas separadas para estudantes de raça negra e branca negavam a igualdade de oportunidades educativas²⁰, vedando o acesso discriminatório de crianças às escolas, especialmente porque se tratava de ensino público.

Em síntese, a decisão no caso *Brown vs Board of Education of Topeka*, em 1954, concluiu “unanimemente, que no campo da educação pública a doutrina de separados mas iguais não tem lugar. Instalações educacionais separadas são intrinsecamente desiguais²¹”, consolidando-se, pois, a alteração de entendimento da Corte Constitucional dos Estados Unidos.

Como afirma Joaquim Barbosa Gomes, os primeiros programas de ação afirmativa foram ativados em 1961, quando o então Presidente John Kennedy expediu decreto executivo para que fossem tomadas medidas positivas no sentido de inserir os negros em sistema educacional de qualidade, que até então, estavam reservados às pessoas de raça branca. A partir deste momento, as universidades passaram a também levar em consideração o critério raça no processo de seleção de seus alunos²².

¹⁹ Brown maybe the most important political, social, and legal event in America’s twentieth century history. Its greatness lay in the enormity of injustice it condemned, in the entrenched sentiment it challenged, in the immensity of law it created and overthrew (WILKINSON III, J. Harvie, *From Brown to Bake The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*. New York: Oxford University Press, 1979).

²⁰ Ocorre que Estados americanos – a exemplo da Virginia e Carolina do Sul, entre outros – editaram leis que vedavam que crianças negras frequentassem a mesma sala de aula que as crianças “brancas”, levando as primeiras a ter que estudar em locais distantes de suas residências, em evidente violação ao princípio da isonomia e em condições desiguais em relação aos alunos brancos, que teriam acesso a um ensino de melhor qualidade, situação que violaria a Décima Quarta Emenda da Constituição Americana.

²¹ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 84.

²² Não se pode olvidar, também, que o mesmo presidente John Kennedy determinou a expedição da *executive order* nº 10.925, que se utilizando expressamente do termo *affirmative action*, prescrevia, em suma, a vedação de tratamento discriminatório relativos à raça, credo, cor ou nacionalidade, quando o Governo Federal estivesse envolvido em contratação de pessoas, determinando que: “O contratante adotará a ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração

Depois dessa decisão do governo americano, as políticas de ação afirmativa nas universidades daquele país se difundiram e, por consequência, também começaram a surgir os primeiros questionamentos a respeito da validade ou não das medidas positivas que vinham sendo adotadas no ensino. Em 1978, a Suprema Corte teve a oportunidade de decidir, quanto ao mérito, a validade de um programa de admissão preferencial de negros em universidade americana, que ocorreu no caso *Regents of the University California vs Bakke*²³.

Um aluno branco moveu ação contra a Universidade da Califórnia, alegando violação ao seu direito à igual proteção da lei (14ª Emenda à Constituição dos EUA), bem como infringência ao Título VI da Lei dos Direitos Civis de 1964, já que aquela instituição destinava 16 vagas para as "minorias", sendo que a mesma minoria poderia concorrer às demais 84 vagas destinadas à concorrência ampla.

O Juiz Lewis Powell concluiu pela anulação do programa específico de admissão das minorias da Universidade da Califórnia, entretanto proferiu um voto importantíssimo para o futuro das ações afirmativas no direito norte-americano, deixando claro que qualquer plano de ação afirmativa pode ser compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido. Houve, então, o reconhecimento da legitimidade dos programas de ação afirmativa, sob certas condições, inclusive o fator raça que passou a ser considerado um elemento favorável, um fator positivo, a ser somado no processo de admissão de alunos em estabelecimento de ensino superior.

a sua raça, seu credo, sua cor, ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento; dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado" (MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**, p. 88).

²³ Pano de fundo para uma grande quantidade de análises e ensaios jurídicos e filosóficos, "Bakke" talvez seja a mais discutida, comentada e criticada decisão da Suprema Corte dos EUA nas últimas duas décadas [deve-se ressaltar que a obra ora citada foi escrita em 2001]. Por dois motivos: em primeiro lugar, porque se trata da primeira oportunidade que a Corte teve de examinar em profundidade a constitucionalidade de um plano de ação afirmativa. Em segundo, porque o caso veio a se constituir em uma espécie de roteiro e guia para ações governamentais e não governamentais levadas a cabo nas décadas seguintes em matéria de direito de minorias. (GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: 2001, p. 104.).

5. CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA

Ao se falar em ação afirmativa, o intérprete é levado a pensar em discriminação, em desequilíbrio de oportunidades²⁴. Essa discriminação, que ainda corrói a sociedade em pleno século XXI, é conceituada pelo art. 1º da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, como

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

Além da discriminação direta, há ainda a indireta, da qual resultou a doutrina chamada de *Disparate Impact Doctrine*, conceituada por Joaquim Barbosa Gomes²⁵ como

...aquela que redunde em uma desigualdade não oriunda de atos concretos ou de manifestação expressa de discriminação por parte de quem quer que seja, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de grande potencial discriminatório.

Daí a necessidade de o Estado adotar políticas que combatam práticas discriminatórias, mas não apenas aquelas que envolvam a discriminação direta, oriunda de relações intersubjetivas entre os cidadãos, mas também a indireta, consubstanciada em práticas que – por mais das vezes – representam ausência de oportunidades.

Sintetizando o tema, Joaquim Barbosa Gomes²⁶ define as ações afirmativas do seguinte modo:

²⁴ Não de se ignora para efeitos deste trabalho que existem formas de discriminação aceitas pelo direito, todavia, o objetivo aqui é tratar das discriminações que confrontam o ordenamento jurídico, não sendo admitidas por ele.

²⁵ GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade, p. 23.

...um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.²⁷

As políticas de discriminação reversa impõe ao Estado o dever de intervir para alterar o meio social, deixando a posição de neutralidade – o que para o modelo de Estado social não é estranho – para levar em conta fatores discriminatórios de diversos matizes na criação e execução de suas políticas públicas, fomentando oportunidades de inclusão social àqueles que dela necessitam²⁸.

As ações afirmativas, diga-se, não possuem natureza punitiva. Não se destinam a proibir a discriminação, ocupando-se em demover ativamente os seus efeitos perversos, por intermédio de políticas públicas que devem ser compreendidas como um dever estatal decorrente dos fundamentais direitos à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

Conforme leciona J. J. Gomes Canotilho,²⁹ tratando das posições jurídicas e deveres das entidades públicas em face dos direitos fundamentais:

²⁶ GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade, p. 40.

²⁷ O Estatuto da Igualdade Racial brasileiro (Lei Federal n. 12.288, de 20 de julho de 2010), no parágrafo primeiro, define as políticas de ação afirmativa como “programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades”.

²⁸ O Estatuto da Igualdade Racial brasileiro (Lei Federal n. 12.288, de 20 de julho de 2010) estabelece:

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 636.

Algumas normas constitucionais consagram *deveres* de entidades públicas susceptíveis de serem regulados por lei e estreitamente associados ao próprio exercício dos direitos fundamentais (exs.: art. 208.º/1, dever de fundamentação das decisões dos tribunais; art. 266.º/2, dever de actuação dos órgãos e agentes administrativos com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade; art. 268.º/3, dever de fundamentação dos actos administrativos lesivos de direitos, liberdades e garantias).

Apesar de concebida no direito alienígena, é fato que as políticas de ação afirmativa encontram respaldo no Texto Constitucional de 1988 e, portanto, autorização daquela norma fundamental para ser aplicada no contexto do direito brasileiro.

6. A POLÍTICA DE “AÇÃO AFIRMATIVA” SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição de 1988, apesar de sob uma determinada perspectiva ter viés liberal (a exemplo do que se passa no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira), também carrega em sua essência grande carga valorativa de cunho social, notadamente em razão de ser princípio fundamental da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, como prescreve o seu art. 3º, inciso I.

São também princípios fundamentais da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 1º, inc. III e art. 3º, inc. IV). A “prevalência dos direitos humanos” e o “repúdio ao terrorismo e ao racismo” são princípios que regem as relações internacionais firmadas pelo Brasil (art. 4º, incs. II e VIII). Aliados a esses pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, há, ainda, na Carta Magna, o reconhecimento do direito fundamental de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*, primeira parte).

Os dispositivos constitucionais destacados – que não representam a totalidade das disposições sobre o assunto – são suficientes para demonstrar que se a política de ação afirmativa é o meio necessário para se garantir uma sociedade justa e solidária, em razão de preconceito ou discriminação existente, não há dúvida, pois, em se afirmar que a *affirmative action* do direito norte-americano encontra guarida na Constituição brasileira, sendo o modelo evidentemente constitucional à luz do Texto de 1988.

Encontra-se no princípio da isonomia o principal fundamento capaz de legitimar a implementação das políticas de ação afirmativa, notadamente porque tais ações não são utilizadas apenas para corrigir o preconceito racial a que os negros foram submetidos durante séculos em função da escravidão, mas também para corrigir distorções referentes a outros grupos sociais, como é o caso dos povos indígenas, mulheres, idosos, pessoas portadoras de deficiência, homossexuais etc.

No Brasil, o sistema vem sendo usado, p.ex., para possibilitar o acesso das classes menos favorecidas – não necessariamente negra – ao ensino superior em universidades públicas, forma eficaz de se mitigar os efeitos da exclusão econômico-social existente no país.

É bem verdade que o pressuposto para a existência de uma República, como determina a Constituição de 1988, é a igualdade formal entre as pessoas. Todavia, analisando-se o contexto social em que está inserido o negro no Brasil, constata-se que essa igualdade formal não é suficiente para garantir a essa comunidade isonomia material em relação a outros membros da sociedade, eis que durante mais de três séculos o negro foi juridicamente considerado coisa, mercadoria, e não pessoa titular de dignidade e direitos.

A superação dos deletérios efeitos produzidos por esse fato social – fonte material de normas como visto inicialmente – impõe a necessidade de se trabalhar com o conceito de igualdade material no lugar da mera igualdade formal, para se equilibrar uma balança que, de há muito tempo, está em franco desequilíbrio. Esse reequilíbrio só poderá ocorrer mediante o seu fomento por

intermédio de ações afirmativas, para que os reflexos dessa desigualdade do passado sejam concretamente superados no presente.

A igualdade formal é aquela prescrita pela lei³⁰ “de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe”³¹, devendo garantir tratamento isonômico a todos os cidadãos. Por outro lado, o princípio da igualdade, em perspectiva material, impõe ao Estado o dever de tomar medidas positivas para eliminar concretamente os efeitos decorrentes da desigualdade, em respeito ao direito fundamental à igualdade, em harmonia com o direito à dignidade da pessoa humana.

Trata-se da denominada “vinculação do poder público aos direitos fundamentais”, no dizer de Ingo Sarlet,³² que deve envolver o legislador, os órgãos administrativos do Poder Executivo e o Poder Judiciário, sem se olvidar da “eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais”,³³ dirigida à sociedade e aos particulares.

A igualdade material pressupõe uma preocupação com a realidade empírica, pragmática, reclamando um tratamento desigual àquelas pessoas que se encontram em situação de desigualdade, numa relação autopoietica. Em outras palavras, a igualdade material busca promover medidas discriminatórias de cunho positivo, desigualando-se os desiguais, até tornarem-se efetivamente iguais, meio para se alcançar a igualdade real.

A sociedade precisa, portanto, adotar medidas positivas de combate ao preconceito, à discriminação, pois ela também está jungida ao cumprimento de direitos fundamentais, especialmente porque a eficácia horizontal dos direitos fundamentais direciona uma parcela da responsabilidade pelo atendimento desses direitos à própria sociedade, e não apenas ao Estado.

³⁰ Lei aqui está sendo tomado em sua acepção *lata*, podendo abranger não apenas suporte legislativo de natureza infraconstitucional, mas também norma jurídica de natureza constitucional.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 214.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 3ª ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 342-360.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 353-361.

Nessa perspectiva, a realização da igualdade material é alcançada por intermédio da distribuição equânime dos ônus, direitos e vantagens entre os membros da sociedade, com o objetivo de mitigar as injustiças decorrentes da discriminação.

As ações afirmativas, nessa perspectiva, possuem essa natureza de justiça distributiva, dando concretude à isonomia material e ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Portanto, são políticas públicas que devem ser levadas a efeito pelo Estado brasileiro, não se tratando a sua criação e implementação de mera opção discricionária do Poder Público. Cuida-se de um dever do Estado – consoante a citada lição de Canotilho – e não de mera faculdade.

Como afirmado em julgamento pelo Ministro Gilmar Mendes³⁴:

Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado Constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho – pelo menos em sociedades construídas sobre valores democráticos.

Constata-se dessas reflexões, que as políticas de ação afirmativa retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, pois os programas dessa natureza dão plena aplicabilidade a princípios constitucionais que, para além de serem fundamentos da República brasileira (igualdade e dignidade da pessoa humana), constituem direitos fundamentais cujas normas respectivas são autoaplicáveis, a teor do que prescreve o § 1º do art. 5º da Constituição Republicana de 1988³⁵.

A superação das desigualdades e dos preconceitos são demandas históricas da sociedade brasileira, demandas que se constituem em verdadeiras fontes materiais do direito, a partir das quais o constituinte abeberou-se numa síntese

³⁴ Ministro Gilmar Mendes, membro do Supremo Tribunal Federal, ao indeferir medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 186-MC/DF ajuizada pelo Partido Democratas, tratando sobre políticas de ação afirmativa.

³⁵ Art. 5º. (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

sistêmica e autopoietica inegável, na construção da Constituição Cidadã, instituidora de um Estado Social e Democrático de Direito, que se atualiza e se comunica dialeticamente com a sociedade.

As políticas de ação afirmativa são necessárias para reconstruir o futuro dos negros, das classes e dos grupos menos favorecidos, como um imperativo constitucional, como uma obrigação positiva do Estado, da sociedade civil e de cada cidadão, na consolidação do projeto constitucional de transformação da atual sociedade numa sociedade livre, justa e solidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

(i) O estudo das fontes do direito está voltado para os fatos enquanto enunciação que fazem nascer regras jurídicas introdutoras, ou seja, o direito nasce dos fatos que desencadeiam o processo de produção de normas jurídicas (enunciação), culminando com o produto legislado, ou enunciado prescritivo que, nesta concepção, nada mais é, senão, que veículo introdutor de normas jurídicas, ou seja, norma de estrutura. Essa perspectiva de fontes materiais do direito permite a afirmação de que doutrina, costumes e jurisprudência não podem ser consideradas fontes do direito, enquanto as leis são apenas veículos introdutores de normas jurídicas no sistema posto e, ao mesmo tempo, sob este ponto de vista, os fatos sociais que culminam com adoção de "ações afirmativas" merecem ser considerados como fontes do direito.

(ii) Na perspectiva apresentada neste ensaio, o direito é visto como um sistema autopoietico, que é *fechado sintaticamente e aberto semanticamente*, ou seja, é fechado operacionalmente, mas aberto cognitivamente, razão de ser auto-regulável e auto-referenciável, de forma que apesar de produzir os elementos necessários à sua manutenção, há interação com o meio ambiente, tornando-se vivo porque abriga no seu interior subsistemas que se comunicam e essa abertura semântica permite a comunicação com outros sistemas.

(iii) No Brasil a realização de políticas de ação afirmativa não é apenas “autorizada” pela Constituição Federal; ao contrário, trata-se de um dever das entidades públicas imposto pela Carta Magna, em razão da eficácia dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade (em sentido formal e material), e por ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

(iv) Além de necessária à inclusão dos negros e dos menos favorecidos no contexto social, dando-lhes condições de uma existência digna, o desenvolvimento de políticas de ação afirmativa apresenta um viés reparador, em razão da discriminação do passado, ainda com reflexos no presente, consoante sua original concepção.

(v) As ações afirmativas são constitucionais, derivando essencialmente dos direitos fundamentais à igualdade e à dignidade da pessoa humana, que, por sua natureza, vinculam o Poder Público e os particulares.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In: Revista de Direito Administrativo, São Paulo: Renovar, nº 229, p.285-311, julho/setembro de 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Cristiano. Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Sistema, Competência e Princípios**. In: Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos em homenagem ao Prof. Paulo de Barros Carvalho. Coord. Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro: Forense, p.861-896, 2005.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; FILHO, Wilson Carlos de Campos. Políticas de ação afirmativa no contexto do direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. Ed. Saraiva, 18ª Ed. São Paulo, 2007.

_____. **Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária**, 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia – uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 50, p.39-74, Janeiro-Março de 2005.

_____. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: 1. Ed. 2001.

KING JR, Martin Luther. **Why We Can't Wait**. New York. Penguin, 2000.

LIMA, George Marmelstein. **As Piores Decisões da Suprema Corte dos EUA II – Caso Plessy vs. Ferguson**. Texto disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/10/23/as-piores-decisoes-da-suprema-corte-dos-eua-ii-caso-plessy-vs-ferguson/>. Acessado em 30.11.2010.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Rodrigo Santos. **Função Normativa e Agências Reguladoras – Uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Economia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 3ª ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

WILKINSON III, J. Harvie, **From Brown to Bake The Supreme Court and School Integration: 1954-1978**. New York: Oxford University Press, 1979.