Direito administrativo inclusivo e princípio da isonomia: critérios para o estabelecimento de uma discriminação positiva inclusiva constitucional*

Inclusive Administrative Law and Principle of Isonomy: some criteria to identify a constitutional inclusive positive discrimination

*Paulo Henrique Macera***

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o desenvolvimento de um modelo destinado à operacionalização da atuação estatal destinado à promoção da tutela do princípio da igualdade em seu aspecto material. Para tal, buscou-se, a partir da delimitação conceitual do campo de atuação do direito administrativo inclusivo e da conceituação das expressões

* Artigo recebido em 1º de julho de 2014 e aprovado em 20 de outubro de 2014. DOI: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v271.2016.60764.

** Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: paulohmacera@yahoo.com.br. Mestre em Direito do Estado e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado.

"ações afirmativas" e "discriminação positiva" e suas taxonomias, o desenvolvimento de critérios destinados a identificar quando determinada discriminação inclusiva possa ser considerada juridicamente compatível com o princípio da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito administrativo inclusivo — igualdade — princípio da isonomia — ações afirmativas — discriminação positiva inclusiva

ABSTRACT

This article aims to develop a model intended for the implementation of State action driven to promoting the principle of equality guardianship in its material aspect. Regarding this scope, the conceptual of the Inclusive Administrative Law, the terms "affirmative action' and 'positive discrimination", its fields and taxonomies were defined. Based on these concepts, it was developed some criteria to identify if certain inclusive discrimination might be considered compatible with the principle of equality.

KEYWORDS

Inclusive administrative law — equality — principle of isonomy — affirmative action — inclusive positive discrimination

1. Introdução

Longe de constituir novidade para os estudiosos das ciências humanas, a temática da igualdade há muito tempo é objeto de estudos de sociólogos, historiadores, juristas e diversos outros especialistas.

Grande parte da doutrina — ou, até mesmo, quase a totalidade dela — compreende que a assunção de uma acepção exclusivamente formalista já não mais responde às expectativas dos cidadãos, tampouco é compatível ou mesmo suficiente para atender às finalidades da Constituição — expressas, sobretudo, em normas de cunho programático.

Entretanto, fazer uma abordagem jurídica operacionalizada do princípio da isonomia não se mostra tarefa fácil. Ainda que bastante aceita a conhecida

fórmula geral "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades", sua aplicação prática não se dá de maneira tão simples como sua compreensão.

Entende-se aqui que tal dificuldade pode ser atribuída, basicamente, a quatro fatores. O primeiro deles diz respeito às dificuldades de constatação no plano fático de situações de desigualdade e da aferição do seu grau — tarefa que, em grande parte dos casos, exige o recurso a outras ciências, bem como a dados e pesquisas específicas.

O segundo fator é a dificuldade intrínseca à missão de se estabelecerem parâmetros e critérios seguros e juridicamente aceitáveis para se compatibilizar determinada medida legislativa ou administrativa tendente a combater uma desigualdade material com o próprio preceito isonomia. Fundamental, nesse ponto, a atuação do jurista — residindo aqui o principal objetivo da presente abordagem.

Um terceiro fator é a própria carência de trabalhos acadêmicos — fato esse constatado nas pesquisas doutrinárias realizadas — dedicados precisamente ao enfrentamento da questão apontada no parágrafo anterior.[1] Justamente por conta disso, não foi possível uma abordagem doutrinária mais ampla no "item 3" do presente estudo.

Por fim, tratar da igualdade sob um enfoque jurídico é dificultado pelo fato de que, sobretudo no Brasil, a matéria é trabalhada de maneira extremamente ideologizada e politizada, seja pela própria natureza do tema — que desperta as concepções políticas pessoais de cada jurista —, seja pelo próprio desinteresse em abordá-lo de uma maneira predominantemente jurídica.

Não há aqui, registra-se, uma crença ingênua de que o assunto possa ser enfrentado sem a influência de concepções políticas. Contudo, o que não se pode admitir é a posição de coadjuvante do direito em um texto que pretende ter um enfoque jurídico.

Assim, para que se superem tais dificuldades, o direito administrativo, na qualidade de ramo do direito destinado a disciplinar a atuação da administração e dar concretude a diversos preceitos consagrados na Constituição, mostra-se de fundamental importância na busca da promoção do

---

[1] Embora existam poucos estudos de direito administrativo sobre o assunto, há, de fato, diversos trabalhos desenvolvidos no campo do direito constitucional ou dos direitos fundamentais sobre o tema da igualdade. Contudo, mesmo nesses campos, há uma carência de ensaios com a finalidade específica de desenvolvimento de critérios de verificação da licitude de um tratamento discriminatório cuja finalidade é a promoção da igualdade em seu aspecto material.

mandamento da igualdade. É função dele equacionar o tratamento discriminatório juridicamente aceitável e compatível com a Constituição, de modo a promover a igualdade e não contribuir para sua ampliação. Nesse contexto é que ganha relevo o ramo do direito administrativo destinado a reger e viabilizar a atuação da administração pública tendente a promover o princípio da igualdade em sua acepção material, ramo este que vem se convencionando denominar "direito administrativo inclusivo".

Desta feita, visando o estabelecimento de alguns parâmetros para a aferição da compatibilidade de uma determinada discriminação positiva voltada à promoção da inclusão com o princípio da igualdade — e, consequentemente, da constitucionalidade desse tratamento diferenciado — e as respectivas fronteiras que separam a discriminação positiva dos privilégios e perseguições, este artigo será dividido da seguinte maneira: primeiramente, discorrer-se-á sobre o princípio da igualdade/isonomia, sobre o que se entende por discriminação positiva e ações afirmativas, especialmente para fins de delimitação conceitual — ao menos para fins da presente abordagem — de cada uma dessas expressões; ademais, serão tecidas algumas considerações acerca do direito administrativo inclusivo como novo ramo em destaque das ciências jus administrativistas.

Por fim, na condição de principal foco deste ensaio, serão feitos alguns apontamentos doutrinários a respeito dos critérios para aferição da constitucionalidade de uma discriminação positiva e, principalmente, os critérios aqui assumidos para a formação de um modelo jurídico seguro e apto a operacionalizar o tema.

2. Igualdade, ações afirmativas, discriminações positivas e o direito administrativo inclusivo

A Constituição Imperial de 1824, apesar de não mencionar precisamente um princípio da igualdade, dispunha em seu artigo 179, inciso XIII, que: "A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um".

Já a primeira Constituição republicana, de 1891, previa em seu artigo 72, §2º, que "Todos são iguais perante a lei". Previa, ainda, que "A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como todos os títulos nobiliárquicos e de conselho".

A Constituição de 1934 trouxe uma fórmula mais extensa ao dispor em seu artigo 113, 1, que: "Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas".

Já a "Polaca" de 1937 retornou, em seu artigo 122, 1º, à formula simplificada de que: "Todos são iguais perante a lei". Em relação aos cargos públicos, dispôs no inciso 3º do citado artigo: "os cargos públicos são igualmente acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos".

Por sua vez, a Constituição de 1946, reconhecidamente de cunho mais progressista, também trouxe, em seu artigo 141, §1º, a fórmula genérica: "Todos são iguais perante a lei". Contudo, é interessante notar que, em seu artigo 147, havia a previsão de que "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos". Nota-se uma pequena abertura para um conceito mais material de igualdade, ao menos nesse dispositivo específico.

Já a Constituição de 1967 se ateve somente ao aspecto mais formal de igualdade, assegurando em norma de eficácia limitada a criminalização do racismo, dispondo em seu artigo 150, §1º que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei" (redação esta praticamente repetida no artigo 153, §1º da Emenda Constitucional nº 01 de 1969). A despeito de turbulência política e pouco respeito a direitos fundamentais no período, trouxe a noção de igualdade de oportunidades no ensino, ao dispor em seu artigo 168, *caput*, que "A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana". Contudo, a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 não trouxe nenhum dispositivo semelhante, havendo apenas a previsão, em seu artigo 176, §3º, inciso III, de que "o ensino público será igualmente gratuito para quantos, no nível médio e no superior, demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos".

Feita esta breve síntese histórica, passa-se a tecer algumas considerações acerca do tratamento acadêmico do princípio da igualdade.

A doutrina jurídica, ao discorrer sobre o princípio em questão, sobretudo para fundamentar a concessão de regimes jurídicos mais benéficos a determinados grupos, parte da distinção entre a chamada igualdade formal e a igualdade material. A formal consiste na fórmula mais simplificada da

igualdade perante a lei. Também é conhecida como igualdade de direito, igualdade genérica ou abstrata. É a fórmula de igualdade consagrada em todas as Constituições brasileiras, conforme apontado.

Já igualdade material — ou igualdade de fato — é definida por alguns doutrinadores[2] como aspecto da igualdade destinado à realização concreta e efetiva da igualdade. No âmbito da igualdade material é que se costuma apresentar a fórmula "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades". Diversos autores atribuem tal formulação a Aristóteles, denominando-a, assim, de "noção aristotélica de justiça".[3]

É possível dizer que a expressão "princípio da isonomia" equivale à expressão "princípio da igualdade". Contudo, a referência ao termo isonomia é normalmente feita com o intuito de enfatizar o aspecto material da igualdade. A respeito do tema, é bastante conhecida a seguinte passagem do discurso proferido por Rui Barbosa na Faculdade de Direito de São Paulo:

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.[4]

Alguns especialistas em direitos humanos, como Flávia Piovesan,[5] propõem uma bipartição da noção de igualdade material em igualdade orientada pelo critério socioeconômico (justiça pautada na redistribuição) e igualdade pautada em critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios (justiça pautada no critério do reconhecimento). Ou seja, no primeiro aspecto, reconhecendo-se uma situação de diferenciação socioeco-

---

2 Ver, por exemplo: ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos Estudos Jurídicos* [online]. v. 13, n. 2, p. 84-85, jul./dez. 2008. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32745/public/32745-40386-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2012.

3 Apesar de ser bastante apontada na doutrina a origem aristotélica da fórmula, nota-se uma ausência de referências às obras do filósofo grego em que ela é extraída.

4 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 19.

5 PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Estudos Feministas* [online]. v. 16, n. 3, p. 888-889, 2008. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/10.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2012.

nômica, teriam os menos favorecidos o direito a um tratamento privilegiado visando sua inclusão social. Já o segundo aspecto apontado pela autora pode ser resumido como o direito à diferença e à diversidade que dá ensejo à proteção, ainda que especial e particularizada, por meio do "enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento".

Entende-se aqui que este último ponto apresentado pela autora, na realidade, consiste em uma aplicação da igualdade em seu aspecto formal e não material. Igualdade formal consiste na vedação do tratamento discriminatório arbitrário para indivíduos que estejam em semelhante situação.[6] Se não é legítimo utilizar (conforme se extrai da Constituição) fatores de gênero, opção sexual, idade, etnia, religião, entre outros, para discriminações aleatória e arbitrárias (ou seja, sem nenhuma pertinência lógica racionalmente justificável), a conclusão a que se chega é de que, independentemente de tais fatores, os seres humanos devem ser tratados como iguais. Assim, o combate ao tratamento discriminatório arbitrário (seja ele feito pelo próprio Estado como por particulares) baseado em fatores não permitidos pela Constituição se configura como uma forma de tutela da vertente formal da igualdade.

Isso não significa que o Estado não possa realizar políticas que visem combater tais discriminações arbitrárias. Ao contrário, tais políticas são extremamente desejáveis. Contudo, há de se reconhecer que elas se voltam à tutela do aspecto formal da igualdade.

A qualificação da situação anterior como pertinente à igualdade material provém da noção (errônea, a nosso ver) de que a igualdade material, por definição, é aquela destinada a dar concretude e efetividade ao mandamento igualitário. A busca pela concreção e efetivação deve estar inerente a todo instituto jurídico positivado. Caso contrário, esse estaria condenado a se tornar mera letra morta. Portanto, se trazer um elevado grau de observância prática é desejável para qualquer instituto jurídico previsto normativamente (inclusive para a igualdade formal), tem-se que tais elementos não são idôneos para defini-lo. Logo, melhor conceituar a igualdade material como *aquela tendente a reduzir situações de desigualdades indesejáveis aferidas no plano fático*.

Do mesmo modo, não faz sentido definir igualdade formal como a mera previsão abstrata de que "todos são iguais perante a lei". O combate às leis ou às situações concretas em que se discriminam pessoas por meio de critérios

---

[6] Pode-se dizer que o trecho "tratar igualmente os iguais" da mencionada fórmula é o aspecto formal do princípio da igualdade.

ilegítimos consiste justamente na concretização de tal mandamento, de modo que a concretude e a abstração em nada interferem na definição dos institutos.

Cumpre dizer que nada impede que sejam constatadas, em uma mesma circunstância, violações simultâneas à igualdade em seu aspecto material e formal. Contudo, a fórmula de se tutelar cada uma delas é diferente, ainda que complementar.

Assim, prefere-se aqui discordar da distinção trazida por Walter Claudius Rothemburg, que, ao que tudo indica, encaminharia para a conclusão de que a igualdade material haveria substituído a formal (logo, "formal" e "material" não seriam aspectos do mandamento igualitário, mas sim distintas formas de conceituá-la incompatíveis entre si):

> Essa antiga distinção sustenta que a igualdade de direito refere-se a uma enunciação abstrata (para alguns, meramente textual). A igualdade de fato, por outro lado, refere-se à realização efetiva da igualdade, em concreto. Assim, de nada adianta dizer que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (art. 5º, I, da Constituição brasileira) e reforçá-lo com a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo" (art. 7º, XXX), se, na prática, "de fato", ainda são os homens que ocupam a maior parte dos melhores empregos e, para as mesmas atividades, o salário das mulheres costuma ser menor. Justamente no campo da discriminação de gênero, ao tratar da posição das mulheres no direito e de ações afirmativas que as contemplem, Sabadell (2005, p. 238) adota essa distinção entre igualdade formal e material: "As ações afirmativas são medidas de caráter político que tutelam os interesses de grupos sociais considerados marginalizados no intuito de produzir a igualdade material (quotas para o acesso a cargos eletivos, incentivos econômicos para empregador, favorecimento de candidatos em concursos etc.)".[7]

Parece mais adequado encarar a igualdade formal e material como aspectos complementares do mesmo princípio — embora, em determinado momento histórico, tenha sido dada mais atenção a apenas um deles. O primeiro com a função de combater discriminações arbitrárias e o segundo com a missão de reduzir desigualdades indesejáveis. Significam, assim, respec-

---

[7] Rothenburg, Igualdade material e discriminação positiva, op. cit., p. 84-85.

tivamente a primeira e a segunda parte da fórmula: "*tratar igualmente os iguais* e *desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*". É nesse sentido que se passa a abordar tais expressões.

Indubitavelmente, se comparada com as Constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 foi a que melhor consagrou essa combinação entre igualdade formal e material. Exemplificativamente, a igualdade formal pode ser extraída dos seguintes dispositivos: artigo 3º, inciso IV; artigo 4º, incisos V e VIII; artigo 5º, *caput*, inciso I, XLI e XLII; entre outros. Já os dispositivos que fundamentam a igualdade material: artigo 3º, incisos I, III e IV; artigo 5º, LXXIV, LXXVI; artigo 6º; diversos dispositivos do artigo 7º; artigo 145, §1º etc.

Quanto à tutela do mandamento isonômico, os métodos variam conforme o aspecto. Visando resguardar a igualdade em seu aspecto formal — inclusive na tutela do que a autora Flávia Piovesan denominou de igualdade ou justiça pautada pelo critério do reconhecimento —, tem-se que o Estado poderá atuar em alguns diferentes níveis. Um primeiro nível mais básico é o de reconhecimento estatal. Trata-se da positivação do *status* de igualdade de determinados indivíduos, independentemente de determinadas características (como gênero, opção sexual, etnia, entre outros), que não poderão ser utilizadas para discriminações arbitrárias. É o que foi feito, por exemplo, nos artigos 3º, inciso IV, e 5º, *caput* e inciso I, da Constituição.

Já um segundo nível é a criação de sanções, diretas ou indiretas, para aqueles que violem tais mandamentos de igualdade formal. Sanções diretas seriam as punições em âmbito penal, civil, administrativo ou mesmo político — tais como multas, condenações criminais, proibições em âmbito administrativo etc. — para aqueles que violarem os mandamentos da igualdade. São as sanções propriamente ditas. Já as "sanções indiretas" seriam as formas de punição mediante a não obtenção ou impossibilidade de submissão a um regime jurídico mais benéfico por aqueles que violarem ou não colaborarem com a tutela da igualdade — podendo também ser chamadas de "sanções premiais". Seria o caso de uma hipotética lei que conceda determinado benefício às empresas que mantiverem equiparados os salários de homens e mulheres ou que mantiverem um percentual mínimo de mulheres em seu quadro de funcionários. Apesar de constituir um benefício àqueles que contribuem com a tutela da igualdade formal (ou àqueles que não a violem), não deixará de ser uma punição aos que não observarem o mandamento.

Importante notar ainda que, apesar de esse nível envolver situações e regimes distintos — uma forma de discriminação, portanto —, não se trata da concessão de regimes beneficiados aos que tiveram seu direito ao

tratamento igualitário violado no aspecto formal (destinatário da violação), mas sim a submissão a um regime menos vantajoso às pessoas que violarem o mandamento igualitário (responsáveis pela violação).

Por fim, outro nível de atuação na tutela da igualdade formal que se pode cogitar dá-se, também de maneira mais concreta, por meio de campanhas educativas, anúncios publicitários, campanhas educacionais gerais, enfim, por meio de atos estatais destinados à formação de uma consciência coletiva sobre o respeito à igualdade e acerca do combate às discriminações ilegítimas.

Os níveis aqui esboçados são as formas de tutela pelo Estado. Assim, nada impede a atuação individual daqueles que tiveram seus direitos relativos à igualdade violados — por exemplo, o trabalhador que pleiteia equiparação salarial nos termos do artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho ou o indivíduo que move ação de reparação civil de danos morais oriundos de discriminações ilegítimas, entre outros.

Nota-se que em nenhuma dessas três formas de tutela há a concessão de um regime jurídico mais benéfico aos lesados em seus direitos inerentes à igualdade formal. Assim, é possível o debate acerca da existência de uma quarta forma de tutela da igualdade formal baseada nessa concessão — sobre tal discussão, ver item 4.2.4.

Quando se procura tutelar a igualdade em seu aspecto material, é perfeitamente possível a concessão de um regime mais benéfico para aqueles que se encontram em uma situação de desigualdade. Aliás, essa é uma das principais formas de tutela da igualdade material, sendo esse o tema central destas reflexões.

Enfrentar o problema conceitual sobre a igualdade não constitui tarefa fácil. É possível falar em igualdade política, igualdade de bem-estar, igualdade de recursos, igualdade de oportunidade, igualdade de resultados, entre uma série de outras.[8] Todavia, seguindo o quanto exposto anteriormente, não será privilegiada uma análise aprofundada dessas conceituações do princípio da igualdade.

Sem prejuízo disso, a partir de uma análise sistemática e conjuntural da Constituição — levando-se em conta os dispositivos já apontados em outros

---

[8] Em relação ao tema, sugere-se a leitura da primeira parte da seguinte obra: DWORKING, Ronald. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

institutos, como o princípio da livre-iniciativa e dos valores sociais do trabalho, o princípio da solidariedade, o direito de herança, a capacidade contributiva dos impostos, os princípios da ordem econômica, entre diversos outros —, entende-se aqui que o intérprete é levado a concluir que se deu ênfase à noção de igualdade material, na qualidade de norma programática, como igualdade de acesso a oportunidades de crescimento, igualdade de acesso a condições materiais mínimas de subsistência e desenvolvimento pessoal (inclusive de acesso aos serviços públicos essenciais básicos). Distancia-se, portanto, de uma noção radical de igualdade de recursos ou igualdade de resultados, embora tenha acertadamente privilegiado as noções de solidariedade e necessidade de redução de desigualdade.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar dois temas correlatos: as ações afirmativas e as discriminações positivas.

O primeiro ponto relevante é saber se há diferenças entre tais expressões. A maioria dos autores as encara como sinônimas.[9] Vários deles apontam que a existência dessas distinções decorre apenas da origem de cada expressão. Enquanto os europeus preferem a terminologia "discriminação positiva", os americanos adotam a expressão "ações afirmativas".[10]

Embora se reconheça que, na origem, tais expressões podem ser encaradas como sinônimos, pretende-se aqui, com base na própria etimologia das expressões, utilizá-las de maneira distintas.

Parte-se aqui da noção do termo "positivo" como algo *compatível* — tolerado, admitido, recomendável ou, até mesmo, obrigatório — com o ordenamento jurídico. Dessa forma, dando um significado consideravelmente mais amplo que os europeus costumam dar à expressão, toma-se "discriminação positiva" como qualquer concessão de tratamento diferenciado compatível com o ordenamento jurídico.[11]

Assim, tem-se que tal expressão diferencia-se das "ações afirmativas" — não havendo sequer uma relação de gênero e espécie entre ambas. Passa-se a analisar essa última expressão para depois retomar aquela.

---

9 Ver, por exemplo, em: PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Estudos Feministas* [online]. v. 6, n. 3, p. 890, 2008. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/10.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2012.

10 Ver, por exemplo, em: GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL — AS MINORIAS E O DIREITO. Série Cadernos do CEJ, n. 24, p. 86-89. Disponível em: <http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2012.

11 Cumpre destacar que o próprio direito tem a função de discriminar situações.

Muitos trabalhos já foram desenvolvidos, no Brasil, para tratar do tema ações afirmativas. Deles é possível extrair algumas conceituações. Joaquim Benedito Barbosa Gomes e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva trazem a seguinte definição para o instituto: "As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física".[12]

Por sua vez, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann conceitua ações afirmativas como:

> um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências físicas e mental ou classe social.[13]

Opta-se aqui por definir ação afirmativa como a medida, ou o conjunto de medidas, adotada pelo Estado ou por particulares, destinadas a promover a afirmação de indivíduos ou grupos excluídos — seja essa exclusão genérica, seja ela específica, por exemplo, em relação a algum serviço público específico —, combatendo tanto as violações à igualdade em seu aspecto formal, pelas formas de tutela aqui apontadas, como em seu aspecto material. São as medidas adotadas, em âmbito público ou particular, destinadas à tutela da igualdade, tanto em seu aspecto formal quanto material.

Ações afirmativas não são aprioristicamente destinadas a grupos específicos. Podendo, inclusive, ocorrer situações em que indivíduos pertencentes a determinado grupo que tenha amplo acesso a determinado serviço público não tenha em relação a outro, sendo possível, nesse último caso, cogitar-se da adoção de ações afirmativas em benefício desses.

Nota-se, portanto, que as ações afirmativas devem se preocupar tanto com a tutela da igualdade formal como a material, e, até por conta disso, não

---

[12] Gomes e Silva, As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva, op. cit.

[13] KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 220.

é preciso necessariamente se utilizar de métodos pautados em discriminações positivas — ver, por exemplo, alguns dos meios de tutela da igualdade formal apontados.

Feitas as delimitações conceituais das expressões "discriminações positivas" e "ações afirmativas", retoma-se à primeira. Conforme apontado, discriminações positivas são as discriminações compatíveis, toleradas, desejadas ou obrigatórias, conforme o ordenamento jurídico, opondo-se às "discriminações negativas", vedadas pelo direito. A partir dessa conceituação, passa-se a fazer uma abordagem taxonômica do instituto para fins de delimitação metodológica.

As discriminações positivas podem ser classificadas em relação ao sujeito que as emana. Pode ser tanto a discriminação conferida pelo Estado quanto a discriminação conferida por um particular — classificação essa que também pode, é claro, ser aplicada no âmbito das discriminações negativas. Para o direito administrativo inclusivo, evidentemente, interessam as *discriminações de caráter* público.

Também é possível classificá-las no que tange à neutralidade do tratamento discriminatório. *Meras discriminações positivas* ou *discriminações neutras* são as que criam regimes[14] distintos, sem haver, entretanto, benefícios ou malefícios entre eles — ou, ao menos, benefícios/malefícios relevantes. Por exemplo, quando a data do licenciamento de veículos varia conforme o final da placa do carro, apesar de haver o tratamento diferenciado, não há vantagem ou desvantagem relevante, sob o ponto de vista da igualdade, em ter que licenciar o carro em data anterior ou posterior. *Não neutras*, evidentemente, são as discriminações que geram uma pluralidade de regimes sendo um (ou alguns) mais benéfico que outro (ou outros). Também seria possível imaginar situações intermediárias em que há a criação de dois ou mais regimes distintos em que há diferentes benefícios e malefícios de se submeter a cada um deles. De qualquer forma, são as discriminações não neutras que serão analisadas.

Em relação a elas é possível também uma distinção quanto à abrangência do regime mais benéfico. Haverá discriminações positivas *vantajosas* quando a parcela de pessoas que se submetem ao regime mais vantajoso é reduzida

[14] Utiliza-se o termo "regime" aqui sem grandes preocupações conceituais, podendo se referir tanto a situações mais amplas — como a submissão a um determinado diploma legislativo inteiro — como a situações mais restritas — como a necessidade ou não de cumprimento de determinada obrigação singular.

em relação à parcela que se submete ao regime menos vantajoso. Em sentido contrário, *desvantajosa* é a discriminação quando poucos suportam o ônus de se submeter ao regime desvantajoso enquanto a maioria usufrui do regime mais beneficiado. Pode-se, também, cogitar de *discriminações mistas*, quando há um equilíbrio na amplitude dos regimes.

Tal classificação igualmente se aplica no âmbito das discriminações negativas, que se subdividem em privilégio (concessão, ilegal ou inconstitucional, de regime mais benéfico a alguns em relação ao conferido ao todo) ou perseguição (submissão, ilegal ou inconstitucional, de regime mais maléfico a alguns em relação ao conferido ao todo), ou, respectivamente, discriminações negativas vantajosas e discriminações negativas desvantajosas.

Assim, no âmbito das discriminações não neutras, propõe-se aqui uma subclassificação relacionada com a finalidade da discriminação. *Inclusivas* são as discriminações positivas que visem à promoção da igualdade material. Por sua vez, chamam-se aqui de *gerais* as discriminações positivas não neutras que tenham por finalidade o atendimento a algum outro interesse público distinto da promoção de inclusão (ou, em outras palavras, interesse alheio à redução das desigualdades materiais).[15] [16]

Para efeitos didáticos, sistematizam-se as discriminações na tabela a seguir.

---

[15] Podem se enquadrar nas discriminações gerais as exigências de determinadas características específicas para o exercício de determinado cargo público (ver alguns exemplos de Celso Antônio Bandeira de Mello no item 4.1 infra), ou a aplicação de multa no âmbito do poder de polícia da administração (que nada mais é do que uma discriminação positiva, não neutra, desvantajosa e geral, cuja finalidade é a tutela de um determinado interesse público pelo viés sancionatório).

[16] Com base nessas classificações, questiona-se sobre a possibilidade da existência de discriminação positiva inclusiva desvantajosa? Ou seja, é possível que uma medida de discriminação positiva inclusiva beneficie a maioria da população sem que tal medida se converta em perseguição daqueles que não fizerem jus ao regime vantajoso? Em relação a tal questionamento, ver o item 4.2.3, infra.

Taxonomia das discriminações			
Critério	Tipo		Breve definição
Licitude	Positivas*		Discriminação compatível com o ordenamento (tolerada, admitida, recomendável ou obrigatória)
	Negativas		Discriminações inconstitucionais, ilegais ou ilegítimas
Sujeito	Públicas*		Discriminação proferida pelo Estado (pela administração pública)
	Privadas		Discriminação proferida por particulares
Neutralidade	Neutras		Discriminações que criam regimes distintos, sem haver benefícios juridicamente relevantes na comparação entre eles (meras discriminações positivas)
	Não neutras*		Discriminações que geram pluralidade de regimes mais ou menos benéficos entre si
Abrangência	Não neutras e positivas	Vantajosas	Situação em que a parcela de pessoas que fazem jus ao regime mais benéfico é reduzida em relação ao todo (se a discriminação for negativa, configura privilégio)
		Desvantajosas	Situação em que a parcela de pessoas que não fazem jus ao regime mais benéfico é reduzida em relação ao todo (se a discriminação for negativa, configura perseguição)
Finalidade		Inclusivas*	Discriminações cuja finalidade é a promoção da igualdade material
		Gerais	Discriminações cuja finalidade é o atendimento a outro interesse público alheio à promoção de igualdade material
* Discriminações que interessam ao direito administrativo inclusivo.			

Assim, traçadas todas essas considerações, é possível concluir que discriminações positivas e ações afirmativas são campos distintos[17] que, embora

[17] Para ilustrar a distinção desses campos, citam-se dois exemplos: a) a exigência do edital de concurso para ingresso na carreira da magistratura (como juiz substituto) de bacharelado em direito e experiência mínima de três anos em atividade jurídica (com base no artigo 93, inciso I, da Constituição) é uma discriminação positiva (tratamento discriminatório exigido pelo ordenamento) que em nada se associa com as chamadas ações afirmativas, mas sim com necessidade de qualificação para ocupação de importantíssimo cargo público; e b) a realização de campanhas educativas pelo poder público contra a discriminação racial enquadra-se perfeitamente na definição ora adotada de ações afirmativas, pois se trata de medida que busca a afirmação de grupo com base na tutela da igualdade (no caso, a formal), mas não utiliza de nenhuma técnica de discriminação positiva.

não possuam uma relação de gênero e espécie, podem perfeitamente se interseccionar em alguns pontos. Por exemplo, quando se decide tutelar a igualdade formal por meio da criação de sanções diretas ou indiretas — o que, aqui, denominou-se de segundo nível de tutela —, haverá discriminação positiva, não neutra, geral (finalidade sancionatória, para fins de proteção da igualdade em seu aspecto formal), inserida no âmbito das ações afirmativas.

Mais nítida ainda a visualização da intersecção no caso das discriminações positivas inclusivas. É justamente aí o campo de atuação do chamado *direito administrativo inclusivo*.

Como se sabe, o direito administrativo exerce um papel fundamental para regular e direcionar a atuação do Estado na concretização de mandamentos constitucionais. Inclusive por conta disso, costuma-se apontar que o direito administrativo é o ramo do direito público que visa dar concretude ao direito constitucional.

As crescentes demandas por efetividade do mandamento igualitário, sobretudo em seu aspecto material, fizeram despertar a necessidade de que esse ramo também voltasse suas atenções ao mandamento igualitário. Assim, ao lado de outros enfoques que o direito administrativo passou a ter na atualidade — como o direito administrativo global ou o direito administrativo democrático —, o direito administrativo inclusivo figura entre um dos "novos braços" do direito administrativo contemporâneo.

A terminologia ainda é pouco difundida na doutrina nacional,[18] contudo, a importância do tema é indubitavelmente reconhecida. O direito administrativo tem a função de dar *concretude* e *operacionalidade* à atuação Estatal em tutela do mandamento igualitário, sobretudo em seu aspecto material. Concretude, pois direciona a atuação da administração pública para tutelar, no plano fático, o preceito igualitário, garantindo efetividade a este.[19]

---

[18] Apesar de ainda carecermos de trabalhos publicados empregando expressamente a expressão "direito administrativo inclusivo", há doutrinadores que desenvolvem importantes linhas de pesquisa com tal terminologia. Thiago Marrara, por exemplo, possui uma linha de pesquisa nessa área, definindo os objetivos desse campo como: "estudar o princípio da igualdade no âmbito do direito administrativo e as formas de discriminação administrativa empregadas para fins de inclusão social ou econômica" (ver: MARRARA, Thiago. *Currículo Lattes*. CNPQ. Disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?metodo=apresentar&id=K4732435Z6>. Acesso em: 17 dez. 2012).

[19] Lembrando-se, mais uma vez, que concretude não se confunde com o aspecto material da igualdade, mas sim com a efetivação de determinado preceito. Assim, tanto a igualdade material como a formal podem ser concretizadas. Evidentemente, como o enfoque maior do direito administrativo inclusivo está na igualdade material, fala-se aqui em dar concretude ao aspecto material do preceito igualitário.

Operacionalidade, por sua vez, porque o direito administrativo inclusivo visa criar tecnologia jurídica, por meio de critérios logicamente concatenáveis, para orientar a atuação da administração — e dos demais operadores do direito — para que ela, ao buscar a redução das desigualdades materiais, não viole outros preceitos constitucionais, não promova outras formas de desigualdade, não realize tal política com elevado ônus social, e que seja resguardada, de modo geral, a constitucionalidade da atuação.

Assim, propõe-se aqui definir o direito administrativo inclusivo como o ramo destinado a estimular, regulamentar e operacionalizar a atuação da administração pública, disciplinando o regime das discriminações positivas públicas inclusivas, visando a dar concretude ao aspecto material da igualdade, reduzindo as desigualdades materiais por meio da inclusão social e econômica de pessoas físicas ou jurídicas, inclusive em relação aos serviços públicos em geral.[20]

No último ponto da definição, tem-se outro aspecto importante ainda não comentado. Esse ramo do direito não se preocupa exclusivamente com a inclusão de pessoas físicas, mas também das pessoas jurídicas. Possivelmente o melhor exemplo legislativo da promoção de inclusão das pessoas jurídicas seja a Lei Complementar nº 123, de 14 de novembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Por fim, cumpre dizer que o direito administrativo inclusivo, assim como diversos outros ramos do direito, ao estudar as discriminações positivas inclusivas, pode ter um enfoque mais genérico — uma espécie de teoria geral dessas discriminações — como um enfoque específico — estudo de determinada medida ou conjunto de medidas específicas. Enfatiza-se aqui esse enfoque genérico.

3. A doutrina e os critérios para o estabelecimento de uma discriminação positiva constitucional

Delimitado o campo de atuação do direito administrativo inclusivo, passa-se a abordar especificamente os critérios para verificação da constitucionalidade de suas medidas.

---

[20] Seria possível, igualmente, imaginar uma conceituação mais ampla do direito administrativo inclusivo, por exemplo, incluindo todas as formas de ações afirmativas — inclusive por meios das formas de tutela da igualdade formal apontadas anteriormente. Contudo, para os objetivos do presente estudo, opta-se por manter essa conceituação mais restrita.

Neste item serão analisadas as teorias de dois renomados publicistas: Celso Antônio Bandeira de Mello e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. A escolha dos autores não se deu exclusivamente pela (incontestável) importância de ambos para o desenvolvimento do direito público brasileiro, mas também por serem responsáveis por dois dos poucos[21] trabalhos destinados a desenvolver critérios sistêmicos para operacionalização do princípio da igualdade.

Cumpre destacar ainda que, embora fosse pertinente a realização de uma ampla pesquisa na doutrina estrangeira para o estabelecimento dos critérios estruturantes do modelo jurídico ora pretendido, optou-se, dada a extensão do presente estudo, em limitar a pesquisa à doutrina nacional.

3.1 A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello

Certamente, o estudo no campo do direito administrativo brasileiro que mais aprofundou a análise de critérios jurídicos para se avaliar a constitucionalidade de um tratamento discriminatório conferido pela administração é a já clássica obra de Celso Antônio Bandeira de Mello intitulada *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Nela, o administrativista buscou criar critérios para conferir um cunho operativo seguro ao princípio da igualdade.

O autor não procurou construir uma teoria voltada à operacionalização do princípio da igualdade exclusivamente ligada à finalidade inclusiva do direito administrativo. Buscou estabelecer critérios legitimadores de um regime jurídico discriminante também para outras situações cujo escopo não seja a promoção da igualdade material pela administração pública.

Na classificação das discriminações positivas anteriormente proposta, pode-se dizer que foi desenvolvida uma teoria regulamentadora das discriminações positivas públicas em geral. Aliás, os exemplos mencionados ao longo da obra não se referem a discriminações inclusivas, fato que fica claro quando se lança o hipotético exemplo de um concurso, restrito à população negra, cujo objetivo seria a seleção de pessoas para que se elaborasse um

[21] Na realidade, em toda a pesquisa e no levantamento bibliográfico feito, foram os únicos trabalhos da doutrina nacional mais focada na propositura de critérios específicos destinados à aferição da constitucionalidade de um tratamento discriminatório com base no princípio da igualdade.

estudo voltado à constatação das especialidades esportivas mais adaptadas às pessoas pertencentes a tal etnia.[22]

A teorização apresentada pelo autor é mais abrangente que a proposta neste ensaio, embora os critérios apresentados possam ser amplamente aproveitados.

Antes de apresentar a construção teórica sobre os critérios para que se identifique uma violação ao princípio da isonomia, rechaça Bandeira de Mello a ideia de que determinados fatores diferenciais existentes nas pessoas — como sexo, raça, credo religioso — não poderiam ser, *per se*, eleitos como matriz do discrímen.[23] Para embasar tal posição, utiliza alguns exemplos hipotéticos em que determinadas discriminações com base em tais critérios não seriam incompatíveis com a isonomia.[24]

A seguinte passagem é bastante ilustrativa desse pensamento: "qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é o traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico."[25]

Evidentemente, trazer fatores diferenciais existentes nas pessoas — como a raça, a convicção religiosa e o sexo — é um pouco mais complicado no âmbito do direito administrativo inclusivo do que em situações como a compatibilidade lógica das características da pessoa com a função exercida.[26]

Afirma o autor que a pretensão da ordem jurídica ao consagrar o princípio da igualdade é firmar a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Com base nessa ideia, expõe sua teoria estruturada em três critérios: o primeiro refere-se ao elemento tomado como fator de desigualação;

---

[22] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 21. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 15-19.

[23] Ibid., p. 16.

[24] São utilizados cinco exemplos: o já mencionado exemplo da seleção de pessoas em concurso somente da raça negra para a realização de pesquisas visando a medição da especialidade esportiva mais adaptada às pessoas de raça negra; seleção para concurso de enfermeiros de pessoas de determinada raça imune a determinada doença para atuarem em área de epidemia desta; seleção somente de mulheres para a "polícia feminina"; permissão para que somente determinados funcionários públicos filiados a determinado credo religioso não compareça a determinada solenidade obrigatória incompatível com sua religião, sendo atribuída atividade substitutiva proveitosa à coletividade; e, por fim, a proibição de admissão de pessoas de uma específica cor de olho em um concurso para determinada missão em tribos indígenas que tiverem reservas em relação a tal característica.

[25] Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, op. cit., p. 17.

[26] Ver a tormentosa polêmica envolvendo a questão das cotas raciais.

o segundo consiste na correlação lógica abstrata que une o fator levantado como critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; por fim, o terceiro critério reside na verificação da conformidade dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.[27]

Quanto à escolha do fator de discriminação em face da isonomia, propõe uma subdivisão em dois requisitos: o primeiro é a necessidade de a lei não traçar um critério tão específico que singularize de modo absoluto — no presente e definitivamente — um sujeito (ou alguns sujeitos) que se submeta ao regime diferenciado; já pelo segundo, o critério diferencial adotado deve necessariamente incidir sobre a pessoa, coisa ou situação a ser discriminada.[28]

Nesse primeiro subcritério,[29] parte-se da noção de que a igualdade é uma garantia individual, de um lado, contra perseguições e, de outro, contra favoritismos, de modo que o vetor isonômico será violado sempre que determinada lei trouxer a imposição de um gravame ou um benefício a uma só pessoa, sem expandir a sujeição ou a oportunidade aos demais. Alerta, ainda, para a possibilidade de se disfarçar o direcionamento de determinada lei, com uma roupagem que lhe dê aparência de generalidade e abstração, a um único destinatário, mas que, para superação de tal desvio, deve-se analisar se foram cumpridos, não apenas a letra do preceito isonômico, mas também seu espírito.

Destaca que o vício de individualização da norma ocorre quando essa aponta para uma situação atual única, configurada tanto por uma inviabilidade lógica de reprodução da situação prevista (quando a norma singularizadora veicular situação atual irreproduzível decorrente da própria abrangência racional do enunciado) como por uma inviabilidade somente material de reprodução da situação prevista (inviabilidade essa que, a despeito de não ser extraída logicamente do enunciado, a descrição da situação aponta para um particularismo tão acentuado a ponto de denunciar uma situação atual e absoluta do destinatário). Dessa forma, não haverá aprioristicamente agravos à isonomia caso a lei abra a possibilidade de que seus preceitos atinjam uma categoria de pessoas, ou quando for destinada a um só indivíduo que não seja determinado ou determinável no presente.

---

[27] Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, op. cit., p. 21-22.
[28] Ibid., p. 23.
[29] Para verificar a posição do autor quanto a este subcritério, ver: ibid., p. 23-29.

Além disso, para enfrentar a questão da individualização, utiliza-se da classificação das regras jurídicas quanto à sua estrutura, que as subdivide em geral ou individual, e abstrata ou concreta. Discorre o autor que a regra geral é aquela destinada a uma classe de sujeitos, enquanto regra individual é aquela destinada a um único sujeito, devidamente particularizado. Já regra abstrata é a que supõe situação reproduzível ("ação-tipo"), enquanto regra concreta é a que se refere à situação única, prevista para uma só ocorrência, sem a hipótese de sua renovação.

Quanto às combinações possíveis entre tais espécies, aponta ser possível a existência de regras gerais abstratas, regras gerais concretas e regras individuais concretas. Não admite a existência de regras abstratas individuais, haja vista que a abstração da norma implica a repetição de situações, o que seria incompatível com normas de caráter individual. Ou seja, ainda que, em um primeiro momento, a norma abstrata atinja apenas um sujeito, a possibilidade de repetição de sua situação poderá contemplar sua aplicação para demais sujeitos.[30]

Com base em tais distinções, conclui Bandeira de Mello que regras gerais não são incompatíveis com a isonomia, haja vista a individualização abstrata do destinatário. Regras abstratas também não ofenderiam o preceito isonômico, haja vista que, para o autor, conforme já apontado, a abstração traz consigo a generalidade da regra devido às renovações da hipótese normativa. Em relação às regras concretas, somente será possível cogitar incompatibilidade com o princípio da igualdade se forem individuais. Enfim, as normas individuais (e, consequentemente, concretas) serão violadoras da isonomia quando, ao se referirem a um sujeito único atual, este for determinado ou determinável (ou seja, a individualidade deverá ser no presente).

É possível concluir que, na visão do autor, o respeito ao preceito isonômico — no que tange ao subcritério da não especificidade do critério individual — está na distinção entre regras gerais e individuais, não importando a característica da abstração ou concretude. Regras gerais não serão consideradas, aprioristicamente, violadoras do princípio da isonomia,

---

[30] Nesse sentido, faz o autor uma crítica ao jurista italiano Norberto Bobbio, que admite a existência de regras simultaneamente *abstratas* e *individuais*. Segundo Bandeira de Mello, o autor italiano confundiu *abstração* com a *eficácia continuada* de atos individuais, por exemplo, quando esse cita o caso de uma lei que atribui a determinada pessoa um cargo. No exemplo, segundo Bandeira de Mello, a continuidade do exercício do cargo não significa uma renovação do ato (que supostamente traria a característica de abstração), mas sim uma eficácia continuada da nomeação no cargo (nomeação esta que se apresenta como ato concreto e individual).

enquanto as regras individuais violarão, *per se*, a igualdade caso o traço da individualidade se dê no momento presente — no que se refere à edição da regra.[31] Tal fenômeno de individualização presente da norma, denomina o autor de "individualização absoluta do sujeito".

Já o outro subcritério[32] para a análise da compatibilidade do elemento tomado como fator de desigualação consiste na necessidade do traço diferencial que justifica a discriminação de pessoas, situações ou coisas ser nelas mesmas residentes. Segundo o autor, é inidônea a utilização de um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas como fator de discrímen.

Basicamente, o segundo subcritério é trazido para tachar a inconstitucionalidade de situações em que se utiliza o "tempo" — que se configura como um condicionamento lógico do ser humano — como critério diferencial. Tal conclusão não implica o fato de que a lei não possa trazer o elemento temporal na configuração do fator de discrímen. Contudo, não é propriamente no tempo em si que residirá a justificativa da discriminação, mas sim nas pessoas, coisas, ou, especialmente, nas situações. Por exemplo, quando a lei confere determinado benefício a funcionário que permanecer no exercício do cargo por dois anos, essa delimitação temporal apenas demarca a extensão de uma sucessão reiterada de um estado —e a justificativa para o tratamento diferencial estará justamente no estado, que perdurará por um determinado intervalo de tempo.

De igual maneira, no que tange à vigência da norma no tempo, o que faz dois fatos similares se submeterem a regimes jurídicos distintos não é o tempo em si. O que, de fato, justifica o tratamento diferenciado é a existência ou não do fato (o fato ter existido ou não quando determinado regime jurídico abstratamente previsto era aplicado a tal situação). Nesse sentido, explica que "o tempo medido é tão só uma referência a uma quantidade determinada de fatos e situações que nele tiveram ou terão lugar, ao passo que o tempo ilimitado é também referência a uma quantidade de fatos e situações por definição indeterminados".[33]

---

[31] Interessante no que tange a tal ponto o exemplo apresentado pelo próprio autor de regra individual (e concreta) que, pelo fato da individualização do sujeito se aperfeiçoar em momento futuro, não configuraria violação à isonomia: lei que atribui um determinado benefício à primeira pessoa que inventar um motor movido a água.

[32] Para verificar a posição do autor quanto a este subcritério ver: Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, op. cit., p. 29-35.

[33] Ibid., p. 33.

A partir daí conclui que o tempo que, em si, é um elemento neutro — haja vista o fato de ele ser necessária e incontestavelmente neutro — não pode ser utilizado como fator de desigualação, mas somente as pessoas, fatos e situações. Esses estão alojados no tempo, mas jamais o tempo reside neles. Portanto, quando o tempo (ou qualquer outro fator estranho às pessoas, fatos ou situações) é levado em conta para determinação de tratamentos distintos, há de se apurar se os fatos e situações nele alojadas são, de fato, distintos, não cabendo a indagação pura e simples a respeito de os fatos terem ocorrido em momentos passados diferentes.

Concluída a análise da compatibilidade do preceito isonômico do fator de discrímen eleito para justificar o tratamento diferenciado, segundo o administrativista, é necessária a análise de mais dois critérios para que se possa efetivamente verificar a constitucionalidade de um tratamento diferenciado pela administração.

Um deles é a correlação lógica entre esse fator de discrímen e a desequiparação procedida.[34] Referido critério consiste na verificação da justificativa racional apresentada para a atribuição de um tratamento jurídico distinto, decorrente da desigualdade afirmada, haja vista o traço desigualador adotado. A esse respeito, o autor sustenta que "é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto".[35]

Faz-se, ainda, uma importante observação no que tange a tal critério: a verificação dessa correlação lógica em comento nem sempre é feita de maneira "pura" ou absoluta. Sempre haverá influência de elementos relativos às concepções da época, que influenciam a intelecção das coisas, para que se verifique a racionalidade da justificativa.

Em síntese, o segundo critério para a aferição da constitucionalidade de uma discriminação é a adequação racional entre o fator de discrímen e o tratamento desigual procedido, que jamais poderá ser gratuita ou fortuita, sob pena de violação do preceito isonômico.

Já o terceiro e último critério apresentado pelo autor refere-se à consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição.[36] Enquanto o segundo critério pressupõe uma correlação lógica aferida em

---

[34] Para verificar a posição do autor quanto a este subcritério, ver: ibid., p. 37-40.
[35] Ibid., p. 38.
[36] Para verificar a posição do autor quanto a este subcritério, ver: ibid., p. 41-43.

abstrato — correlação entre o fator de discrímen e o regime jurídico diferenciado —, este critério pressupõe uma análise em concreto.

Trata-se da análise da compatibilidade com a Constituição, e de seus respectivos interesses protegidos, da correlação lógica feita, em abstrato, entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico estabelecido.

Somente será compatível com o preceito isonômico o nexo lógico entre o fator de discrímen e o tratamento diferencial quando este for afinado com a Constituição e os preceitos nela envolvidos. Assim, para que seja respeitado esse terceiro critério, é fundamental que se paute em um bem, um valor absorvido no ordenamento constitucional.

Por fim, para finalizar sua abordagem, discorre Bandeira de Mello sobre a necessidade de cautela no momento da interpretação das leis, em atenção à isonomia. Alerta que somente quando a lei houver assumido — expressamente ou, ainda, extraída da conjugação harmônica das leis — o fator tido como desequiparador é que se poderá interpretar como desigualdades legalmente certas.

3.2 A posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Sob o nome de "condições jurídicas das ações afirmativas",[37] o constitucionalista trata dos requisitos para se verificar a compatibilidade, com a Justiça e a Constituição, da conferência de um tratamento jurídico diferenciado para certos grupos em contraste com o tratamento comum a todos.

Diferentemente de Celso Antônio Bandeira de Mello (cuja teoria abarca situações em que a discriminação não se dá exclusivamente para fins inclusivos), Manoel Gonçalves Ferreira Filho, desde o início de seu texto, delimita seu campo de estudo para as ações afirmativas, definidas por ele como "políticas públicas, visando reduzir as desigualdades sociais".[38] Observa-se que seu conceito de ações afirmativas se aproxima do conceito de discriminações positivas inclusivas desenvolvido no presente artigo.

A primeira das condições apontadas pelo autor é a *regra da objetividade*. Segundo tal regra, a identificação do grupo desfavorecido (e seu âmbito) deve ser feita de modo objetivo. Ou seja, esse não pode ser arbitrariamente

---

[37] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 69, n. 2, p. 75-77, jul./dez. 2003.

[38] Ibid., p. 72.

definido, nem mesmo construído por meio de conceitos imprecisos ou por critérios políticos (ou, conforme a expressão com conotação crítica destacada pelo próprio autor, "critérios político-eleitorais"), sob pena de se incorrer em uma situação de privilégio. Ressalta, ainda, que a Constituição é o grande norte para a identificação do grupo dos desfavorecidos (citando o exemplo do artigo 3º, inciso III).

O segundo critério apresentado é denominado de *regra da medida*, ou ainda *regra da proporcionalidade*, pelo qual a medida do avantajamento deve ser ponderada com base na desigualdade a ser corrigida. Trata-se de mandamento segundo o qual as desigualdades menores requerem medidas mais leves, enquanto desigualdades mais acentuadas requerem medidas mais incisivas. Noção de proporcionalidade da medida que, se violada, ensejará privilégios indevidos.

Terceira condição apresentada é a *regra da adequação*, ou ainda *regra da razoabilidade*, segundo a qual as normas de avantajamento devem ser adequadas à correção da desigualdade indesejada — a adequação das normas se exprime em sua racionalidade.

Inerente à própria natureza das ações afirmativas, o quarto critério apontado pelo constitucionalista é denominado de *regra da finalidade*. Por tal critério, a finalidade da discriminação deve ser a promoção de igualdade social. Caso contrário, estar-se-ia no campo do privilégio, e não da busca da isonomia por meio de tratamento desigual. Vale lembrar que as discriminações positivas — ao menos se entendidas como tratamento diferenciado, tolerado pelo direito, conforme apresentado no presente estudo — podem ter outras finalidades que não seja a inclusão social — bastante ilustrativos, nesse sentido, os exemplos de Bandeira de Mello. Entretanto, em se falando de ações afirmativas e direito administrativo inclusivo, de fato essa finalidade deve ser inerente.

Quinto critério apresentado por Ferreira Filho — citando, inclusive, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial — é a *regra da temporariedade*. As ações afirmativas não visam criar um *status* jurídico permanente aos beneficiados pela medida, mas sim atingir a igualdade material com os demais indivíduos. Em construção interessante, destaca o autor que o transcurso do tempo sem que se tenha alcançado a igualdade material implica o fato de que a medida não é adequada para o fim a que se propôs (violando, portanto, a regra da adequação ou razoabilidade).

Enfim, o sexto critério apresentado pelo autor é a *regra da não onerosidade (excessiva)* para outros grupos ou para a sociedade como um todo. Destaca que

tal regra decorre da própria igualdade quanto aos encargos, e dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.[39]

São essas as condições apresentadas pelo autor para que, no âmbito das ações afirmativas, tenha-se a criação de um regime jurídico diferenciado para determinado grupo ou parcela da população, sem que ocorra uma violação do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado.

4. O modelo jurídico proposto

Com esteio no aparato metodológico, conceitual e doutrinário desenvolvido nos itens anteriores, passa-se, finalmente, à proposição de um modelo jurídico visando operacionalizar, com base em uma série de critérios concatenados, a aplicação prática do princípio da igualdade, em seu aspecto material, no âmbito do direito administrativo inclusivo.

Ressalta-se que não se procura formular critérios que influam na conveniência política de determinada lei ou mesmo na conveniência e oportunidade de certa medida administrativa, baseada em uma autorização legal. Mas sim critérios que o legislador e o administrador observem ao realizar suas opções políticas, e que o Poder Judiciário deva utilizar ao exercer o controle externo. Assim, embora sejam consideradas juridicamente aceitáveis determinadas discriminações positivas inclusivas, conforme os critérios aqui propostos, é possível que as medidas sejam consideradas politicamente inconvenientes.

Optou-se por subdividir o modelo ora proposto em duas partes: a primeira tratará propriamente dos critérios para análise da constitucionalidade da medida, enquanto a segunda abordará fatores polêmicos a serem considerados, além de outras observações pertinentes ao modelo.

4.1 Os critérios propostos

Qualquer que seja o conceito que se adote a respeito da igualdade — igualdade de oportunidades, de recursos, de resultado etc. —, a fiel crença na plenitude de seu atendimento estará fadada à frustração, haja vista a utopia desse objetivo.

---

[39] Na realidade, o autor não o apresenta como um sexto critério, mas como decorrência das regras da medida (proporcionalidade) e adequação (razoabilidade).

Contudo, não são essas as expectativas que devem recair sobre o Estado ou sobre a sociedade quando se fala de igualdade em seu aspecto material. O que se deve legitimamente esperar do Estado é que ele, programaticamente, trabalhe para que a sociedade reduza as desigualdades materiais.[40]

Evidentemente, alguns dos critérios apresentados a seguir não devem ser levados a extremos a ponto de inviabilizarem a adoção de qualquer medida inclusiva.[41] De qualquer maneira, é de grande relevância que os critérios sejam atendidos de maneira amplamente satisfatória.

Metodologicamente, optou-se por discorrer individualmente sobre cada um dos critérios, embora vários desses se encontrem amplamente interligados.

4.1.1 Critério da finalidade

Toda discriminação positiva pública não neutra deve ser pautada em alguma finalidade específica de interesse público. Quando se está na espécie de discriminação não neutra inclusiva, a finalidade não poderia ser outra senão a inclusão social e econômica das pessoas físicas ou mesmo jurídicas.

É possível, todavia, a identificação de uma finalidade mediata e outra imediata. A mediata ou indireta confunde-se com a própria delimitação do campo do direito administrativo inclusivo, qual seja, a busca da igualdade material por meio da promoção da inclusão social e econômica das pessoas físicas ou jurídicas excluídas.

Já a finalidade imediata ou direta consiste na inclusão específica de um conjunto de indivíduos em determinados setores (como alguns serviços públicos), ou mesmo em relação a medidas de inclusão de cunho mais genérico desse delimitado grupo. Trata-se dos objetivos específicos da determinada medida ou política.

Evidentemente, a análise de tais objetivos específicos não pode ser realizada de maneira simplória e superficial. Cumpre perquirir os reais motivos da adoção da medida ou política de discriminação. Assim, o critério

---

[40] Lembrando-se sempre de que o sentido de igualdade material, conforme apontada no item 2 supra, deve ser buscado com base em uma interpretação sistemática e conjuntural da Constituição.

[41] Utilizando um exemplo extremo, se determinada lei prever que pessoas acima de certa idade terão preferência de assento nos transportes públicos — haja vista as maiores dificuldades dos idosos, inerente à idade avançada —, tal medida não poderá ser inviabilizada pela possibilidade de alguns poucos idosos eventualmente terem um estado de saúde melhor do que alguns jovens.

da finalidade somente será atendido quando os reais motivos, mediatos e imediatos, de determinada discriminação positiva forem compatibilizados com as finalidades inclusivas e com os demais ditames constitucionais.

4.1.2 Critério da objetividade

O critério da objetividade, desenvolvido pelos dois autores apontados no item 3, traduz-se na aplicação do princípio da impessoalidade às discriminações positivas inclusivas.

A impessoalidade costuma ser abordada pela doutrina com enfoques por vezes distintos. Hely Lopes Meirelles[42] associava o princípio da impessoalidade com o da finalidade, consistente na exigência de que o administrador praticasse o ato visando o interesse público inerente a determinada lei.

Maria Sylvia Zanella di Pietro,[43] por sua vez, encara o princípio sob dois enfoques. O primeiro, dirigido à administração para ser observado em relação aos particulares, significa que a administração não pode atuar para prejudicar ou beneficiar alguém, tendo em vista sempre o interesse público. Aproxima-se do princípio da finalidade apontado por Hely Lopes Meirelles e do princípio da isonomia.[44] Já o segundo sentido, ligado à maneira como o particular deve encarar a atuação estatal, refere-se à necessidade de que os atos dos administradores ou dos órgãos administrativos sejam imputados à entidade da administração a que eles pertencem — noção essa importante, por exemplo, na responsabilização civil do Estado.

Já Odete Medauar,[45] reconhecendo os diferentes enfoques na conceituação do princípio, aponta que o objetivo constitucional da impessoalidade é impedir que fatores pessoais sejam os verdadeiros móveis e fins da administração pública. Assim, vedadas estão as atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos etc. Nota-se, assim, que o princípio da impessoalidade é uma poderosa arma na delimitação das fronteiras entre as discriminações positivas e negativas.

---

[42] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 81.

[43] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66-67.

[44] Também aproximando a noção de impessoalidade com o princípio isonômico: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 114.

[45] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125.

Em interessante análise sobre o tema, Fernando Dias Menezes de Almeida correlaciona a noção de impessoalidade com o aspecto material do princípio da legalidade e princípio da igualdade:

> [...] há o *sentido material de legalidade*, que remete à noção de lei enquanto suporte de norma geral e abstrata.
>
> O sentido material de legalidade é o que traduz juridicamente de modo mais imediato o valor da *igualdade*, resultando na noção de *impessoalidade*.[46]

Tal noção se refere basicamente, conforme continua o próprio autor,[47] à necessidade de subordinação dos atos individuais às normas *gerais* e *abstratas*.

Se tomarmos o princípio da impessoalidade com uma conotação mais próxima à noção de finalidade, essa, evidentemente, servirá de apoio ao critério da finalidade do subitem anterior. Também é possível compreender a impessoalidade com o sentido de legalidade material, conforme apontado. Ambas as noções, evidentemente, são de fundamental importância ao preceito isonômico.

A despeito das distinções, o presente critério da objetividade pauta-se nessa noção de impessoalidade como legalidade material. Assim, lei em sentido material[48] deve ser pautada nos padrões de generalidade e abstração. Relativo a esse ponto, remete-se à teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello.[49]

Defende-se aqui, entretanto, que, diferentemente do que sustenta o autor, o vício da individualização (fala-se em regras individuais e concretas, haja vista a impossibilidade, segundo o administrativista, de existirem normas individuais e abstratas) não ocorre somente quando a norma tiver como destinatário um único indivíduo. Havendo norma individual destinada a alguns poucos indivíduos determinados ou determináveis no presente (por exemplo, uma norma destinada a um indivíduo X, seu cônjuge e descendentes), ela não obterá o *status* de norma geral por abranger mais de um indivíduo.

---

[46] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 113.

[47] Ibid., p. 114-117.

[48] Sobre o papel da lei e do ato administrativo na criação da discriminação positiva inclusiva, ver item 4.2.2 infra.

[49] Especificamente no critério relativo ao elemento tomado como fator de desigualação, subcritério da necessidade da lei não traçar critério tão específico que singularize de modo absoluto (no presente e definitivamente) um sujeito que se submeta ao regime diferenciado.

Desse modo, normas gerais se destinam a toda a coletividade ou a um conjunto de indivíduos indeterminados. Já normas individuais são aquelas cujo destinatário é um *sujeito individual* ou um *conjunto determinado de pessoas*.[50]

Por outro lado, em consonância com a teoria de Bandeira de Mello, defende-se aqui não haver violação apriorística ao critério da objetividade em caso de uma determinada discriminação positiva (mesmo as inclusivas) pautada em norma concreta, desde que geral.

Em relação às observações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o critério da objetividade, entende-se aqui que a criação de uma norma de discriminação positiva inclusiva necessariamente passará por uma etapa política — o que, segundo o autor, violaria a objetividade. Contudo, concorda-se com o autor quando se realça a necessidade de a norma não obedecer a critérios "políticos-eleitorais" — aliás, a esse respeito, ver o critério previsto no item 4.1.7. Todavia, associa-se aqui esse ponto mais ao critério da finalidade do que em relação ao da objetividade.

Por fim, concorda-se com o autor quanto à necessidade de tais normas gerais e abstratas não serem definidas por conceitos imprecisos. Como as normas de discriminação inclusiva podem ser potencialmente violadoras do princípio da igualdade, para que elas sejam consideradas positivas, é necessária uma ampla observância aos padrões de objetividades, inclusive em relação à conceituação do critério eleito como fator de discriminação justificador da medida. Assim, o critério da objetividade é atendido quando a norma se apresenta como geral (podendo até ser concreta, desde que não individual) e de conceituação precisa.

4.1.3 Critério da juridicidade do benefício

A medida adotada em prol da redução da desigualdade material — promovendo a inclusão social ou econômica de determinadas pessoas físicas ou jurídicas — deve ser compatível com o ordenamento jurídico. Em outras palavras, o regime jurídico criado pela discriminação positiva inclusiva não deve criar vantagens incompatíveis com o direito.

---

[50] Com entendimento nesse sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

Seria inconstitucional determinada medida que autorizasse pequenas empresas, pequenos produtores rurais ou mesmo agricultores em regime de economia de subsistência a desrespeitar a legislação ambiental em prol da sua inclusão social ou econômica. Inteiramente diferente é a adoção de medidas de isenções tributárias, medidas tendentes à redução da burocracia estatal em relação a tais empresas, medidas de facilitação da obtenção de crédito para essas etc. Tais exemplos sim atendem, a princípio, o presente critério. Outro (hipotético) exemplo de violação ao critério é a inconstitucionalidade de determinada lei que autorize pequenas empresas de transporte de cargas terrestres a operarem seus caminhões com um limite de peso superior às demais empresas para facilitar o crescimento econômico daquelas — haja vista o interesse público da segurança no trânsito subjacente.

Em síntese, se o critério da finalidade impõe a necessidade de que os objetivos da medida estejam afinados com a Constituição — e com o direito em geral —, o critério da juridicidade do benefício impõe que as benesses em si — ou seja, as próprias vantagens do regime mais benéfico — sejam compatíveis com o direito.

4.1.4 Critério da necessidade

A criação de medidas de discriminação, ainda que positivas, gera ônus para todos aqueles que não estejam por ela beneficiados.[51] Ainda que pequenos esses ônus, certamente eles existirão. Assim, havendo medida que possa tutelar de igual modo (ou de maneira tão satisfatória quanto) as finalidades inclusivas buscadas, não haverá a necessidade de se criar determinada medida baseada em discriminações não neutras para tutela dessa finalidade, vez

[51] Ou, se isso não ocorre em todos os casos, certamente ocorre na grande maioria dos casos em que se confere determinada medida de inclusão positiva. Inúmeros são os exemplos: a gratuidade em determinado transporte público para alguns implica o repasse dos custos aos demais usuários e/ou o decréscimo da qualidade do referido transporte (ou, ainda que se cogite na aplicação de um subsídio preexistente para custear tal benefício, haverá como ônus coletivo a não aplicação desse recurso em melhorias gerais do transporte); preferências de atendimentos implicam a menor celeridade do atendimento em determinada repartição; quotas em vestibulares ou em concursos públicos em geral implicam a redução do montante de vagas disponíveis para aqueles que não se enquadrarem no critério. Ainda que se encontre um exemplo em que não se imponha nenhum tipo de ônus para os não abarcados pela medida, a simples impossibilidade de participação no regime beneficiado já poderá ser considerada um ônus.

que estas trarão determinado ônus para aqueles não abrangidos pelo regime mais benéfico.

Trata-se, na realidade, da expressão do caráter de subsidiariedade das discriminações positivas inclusivas em relações a outras medidas que não gerem discriminações (não neutras). Assim, esse requisito também poderia ser denominado de *critério da subsidiariedade da discriminação positiva inclusiva*.

4.1.5 Critério da adequação ou aptidão

De acordo com o critério da adequação da medida, a conferência do tratamento mais vantajoso a determinados indivíduos deve ser considerada apropriada para a obtenção das finalidades dessa — ou seja, da redução de determinadas desigualdades sociais ou econômicas. A medida somente se justifica *para atender* e *enquanto atender* à finalidade buscada. Nota-se que tal critério guarda relação com o que Celso Antônio Bandeira de Mello denominou de adequação racional entre o fator de discrímen e o tratamento desigual procedido.

Referido critério pode ser aferido em duas etapas distintas: etapa prévia racional, etapa posterior empírica. Nesta primeira etapa, o legislador, o administrador, a própria sociedade e, até mesmo, o juiz — quando a medida é questionada judicialmente — analisam a aptidão lógico-racional da discriminação positiva inclusiva para atingir os fins esperados por seus criadores.

Já em uma segunda etapa, após a medida ser implementada, é possível analisá-la com base nos resultados práticos obtidos. Não se obtendo os resultados desejados de promoção da inclusão — ou, ao menos, resultados consideravelmente satisfatórios —, o regime privilegiado deixará de ser qualificado como uma discriminação positiva inclusiva para assumir o caráter de um mero e injustificado privilégio.

É claro que, não se obtendo os resultados minimamente satisfatórios, é possível que sejam buscadas novas medidas visando às finalidades da primeira. Contudo, diante do descumprimento de referido critério, indubitavelmente, a primeira medida não poderá ser qualificada como discriminação positiva — sendo, portanto, inconstitucional.

4.1.6 Critério da proporcionalidade

Sem adentrar nas discussões acerca de eventuais diferenciações do princípio (ou juízo) da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade,[52] [53] passa-se aqui a encarar a razoabilidade mais como um juízo que um princípio, pelo qual se faz uma análise do equilíbrio entre meios e fins, com base em raciocínios logicamente plausíveis, ponderados ou sensatos. Registra-se apenas que uma das formas de questionamento com base na razoabilidade, no âmbito do direito administrativo, refere-se à própria alegação de que o discrímen normativo eleito pelo legislador (ou administrador em função atípica) para estabelecer distinções legais violaria o princípio da igualdade, gerando inconstitucionalidade.[54] Assim, se tomada a razoabilidade nesse sentido apontado, tem-se que ela é um grande norte de todo o modelo que aqui vem sendo estruturado. Passa-se, a partir daqui, a abordar especificamente o critério da proporcionalidade.

É bastante comum a doutrina, com base no direito alemão, explicar o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) ou razoabilidade com base em uma subdivisão em três diferentes aspectos.[55] O primeiro deles denomina-se adequação, referindo-se à verificação se o meio escolhido é apto a alcançar o resultado pretendido. Já o segundo refere-se à chamada necessidade (ou exigibilidade), consistente na imposição de que a medida restritiva de direitos fundamentais seja a mais branda entre as adequadas para atingir o fim desejado. O último aspecto é denominado de proporcionalidade em sentido estrito. Este se refere ao equilíbrio entre bens e valores, entre os malefícios e benefícios da restrição causada (relação custo-benefício).

Os dois primeiros aspectos da razoabilidade (necessidade e adequação) já foram traduzidos nos critérios apresentados nos dois subitens anteriores Assim, o que aqui se denomina de critério da proporcionalidade se refere propriamente à "proporcionalidade em sentido estrito".

Tal critério requer análise em diferentes aspectos — independentes entre si —, motivo pelo qual ele também é subdividido em mais aspectos. O primeiro

---

[52] Acerca do princípio da razoabilidade e sua relação com o princípio da proporcionalidade ver: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*. Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51-53.

[53] Registra-se que alguns doutrinadores (com os quais concordamos) preferem designar a denominada "proporcionalidade em sentido amplo" de "razoabilidade", deixando o termo "proporcionalidade" para designar somente o seu sentido estrito.

[54] Ver: Nohara e Marrara, *Processo administrativo*, op. cit., p. 53.

[55] Ver: ibid., p. 53-54.

deles refere-se à proporcionalidade entre a medida conferida — benefício trazido pela discriminação positiva inclusiva — e o grau da desigualdade material constatada.

Tal aspecto da proporcionalidade nada mais é que a parte final do brocardo "tratar desigualmente os desiguais, *na medida de suas desigualdades*". É a noção de que desigualdades materiais mais acentuadas requerem medidas mais incisivas e desigualdades materiais mais reduzidas requerem medidas mais brandas. Ora, conferir grande vantagem àqueles que se encontram em situações de desigualdades materiais pouco acentuadas nada mais é do que violar a igualdade devido à criação de privilégio. Nota-se uma forte relação desse aspecto com o critério da finalidade — consistente na redução das desigualdades, mas não na criação de privilégios.

Já o segundo aspecto do critério refere-se à proporção entre o benefício da medida e o ônus social suportado por aqueles não abrangidos pelo regime beneficiado. É propriamente a relação custo-benefício da discriminação inclusiva. Trata-se de aspecto que se inter-relaciona com o critério da necessidade anterior.

Conforme apontado, o critério da necessidade consiste no dever de se verificar se há medidas aptas a satisfazer a finalidade inclusiva sem recorrer a discriminações não neutras. Contudo, não é de se ignorar uma situação em que há duas medidas que visem à redução de determinada desigualdade, e uma opera discriminação (não neutra) e a outra não. Constatado que a primeira medida seja apta a gerar resultados um pouco mais satisfatórios do que a segunda, a aferição do custo-benefício daquela não deve ser feita somente pela comparação de seus benefícios e o seu ônus social, mas também entre os *benefícios adicionais* que esta ocasiona em relação à outra medida neutra e o seu ônus social.

Mais do que isso, havendo duas medidas que gerem benefícios e causem restrições, é importante, além de comparar o benefício e a restrição de cada uma individualmente, comparar essa diferença de benefício e ônus social entre elas. Assim, pode haver situações em que a medida que traga maiores benefícios e restrições prevaleça em relação à medida de menores benefícios e restrições, bem como situações em que a medida que traga benefícios e restrições menores prevaleça sobre as de benefício e restrições maiores.[56]

---

[56] Em outras palavras, para se comparar uma medida A (mais benéfica, embora mais restritiva) com uma medida B (menos benéfica, porém menos restritiva), é necessário um juízo de proporção entre a diferença dos benefícios das medidas A e B e a diferença das restrições das medidas A e B.

Em síntese, o segundo aspecto da proporcionalidade pode ser visualizado de duas formas: a primeira pelo custo-benefício interno da medida (comparação de seu bônus com seu ônus), enquanto a segunda forma pela comparação de seu custo-benefício com o custo-benefício de outras medidas.[57] [58]

O terceiro aspecto do critério da proporcionalidade é a não excessiva onerosidade da medida — desenvolvido, conforme apontado anteriormente, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Ou seja, ainda que a adoção de uma medida extremamente incisiva seja justificada pela existência de uma desigualdade material bastante acentuada, e a sua relação (interna e externa) de custo-benefício seja considerada benéfica, a medida não poderá impor um ônus tão excessivo aos não abrangidos pelo regime a ponto de ser a medida considerada desproporcional.

Por fim, seria possível cogitar ainda em um quarto aspecto do critério da proporcionalidade: a relação de proporcionalidade da parcela dos atendidos pelo regime jurídico mais beneficiado em relação ao todo. Na realidade, tal aspecto refere-se a uma questão já levantada anteriormente: é possível discriminações positivas inclusivas desvantajosas? Referido ponto, conforme já apontado, será tratado no item 4.2.3 infra.

4.1.7 Critério da precisão

O presente critério consiste simultaneamente na vedação da concessão do regime benéfico aos considerados incluídos, bem como na impossibilidade de se excluir da medida inclusiva os considerados excluídos. Mostra-se bastante lógico, apropriado, praticamente intuitivo e bastante ligado ao critério da adequação. Ele encontra sua origem na noção de igualdade material e da fórmula geral "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades".

---

[57] Nota-se que essa segunda maneira de se encarar tal aspecto da proporcionalidade guarda forte relação com o critério da necessidade, embora com ele não se confunda. No exemplo da nota anterior, a medida A pode ser a única apta a atingir determinado grau de benefício (respeitaria, assim, o critério da necessidade), contudo ela poderia ser considerada desproporcional em relação à medida B na comparação das relações custo-benefício.

[58] Evidentemente, haverá situações concretas em que a aferição do benefício e a restrição de cada medida estarão fora do campo do princípio jurídico da proporcionalidade, adentrando no campo do mérito do ato administrativo (o que, certamente, colocaria limites ao controle judicial da própria medida).

Aparentemente, não haveria a necessidade de explicitá-lo, seja por ele ser considerado implícito nos demais critérios anteriores, seja por decorrer da própria natureza das discriminações positivas inclusivas. Contudo, a constante inobservância prática desse critério — seja em alguns discursos políticos que contornam a temática da igualdade, seja em algumas medidas efetivamente adotadas — faz com que ele mereça *status* de critério autônomo.

Em consonância com tal critério, deve o Estado, sempre que vise promover a inclusão, buscar soluções eficientes tendentes a abranger, na *prática*, todos os que se encontrem em situação de exclusão — na prestação de determinado serviço público, por exemplo — de maneira isonômica, devendo se atentar para que a concessão do regime beneficiado não se estenda àqueles que já são considerados incluídos (ou que tenham as condições de estarem em uma posição de incluídos), de modo a não criar nem perseguições nem privilégios.

Se os indivíduos A e B — ou grupo de indivíduos A e B — são *igualmente* excluídos (ou excluídos de maneira semelhante) da prestação de determinado serviço público ou atividade estatal, não há motivos para conferir a um deles o benefício de certa medida de discriminação positiva inclusiva, enquanto tal direito é negado ao outro. Caso contrário, estar-se-ia conferindo um tratamento desigual para aqueles que se encontrassem em posições idênticas.

Bastante pertinente aqui a menção ao artigo 19, inciso III, da Constituição. Ora, o direcionamento intencional de determinada medida de discriminação positiva inclusiva para determinado grupo em detrimento de outro nada mais é do que a criação de preferência entre brasileiros (ou mesmo estrangeiros). Também se mostra bastante adequada a menção ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição, que impõe ao Estado o dever de promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.

De igual maneira, vedada é a concessão do regime mais benéfico para aqueles que já são considerados incluídos. Caso contrário, estar-se-á adentrando na seara do privilégio.

Aliás, a concessão do regime mais benéfico a quem não se encontra em situação de exclusão ou vulnerabilidade (concessão de privilégio, portanto) é muito mais perversa quando a medida inclusiva se refere a benefícios em determinado regime concorrencial. Isso porque, além de ser conferido um privilégio, a indevida inclusão poderá prejudicar eventualmente o atendimento daqueles que, a princípio, fariam jus ao benefício. Exemplificativamente, imagine um concurso público em que 10% das vagas são reservadas para deficientes físicos. Ao se possibilitar o amplo deferimento da possibilidade de concorrência nas vagas para deficiente a pessoas com qualquer tipo de

deficiência (mesmo para aquelas que não atrapalhem em nada o convívio social da pessoa e não dificultem a preparação do sujeito para o concurso), além de se estar conferindo um privilégio a tais indivíduos, estar-se-á reduzindo — ou mesmo acabando — com as vagas daqueles em situação de exclusão por conta das respectivas deficiências. Assim, no exemplo citado, considerar qualquer pequena inaptidão física (*e.g.*, alguns poucos graus de miopia) como deficiência é prejudicial, sobretudo, para os que efetivamente são excluídos por conta de deficiências graves (*e.g.*, surdez, cegueira, incapacidade de locomoção ou movimentação corporal etc.).

Evidentemente, conforme já apontado, esse critério não pode ser utilizado para inviabilizar a adoção de qualquer medida de discriminação inclusiva, haja vista o fato de que a criação de critérios 100% precisos para delimitação da fronteira entre aqueles que possam ser considerados incluídos e daqueles considerados excluídos, muitas das vezes, mostra-se tarefa inviável. O que não se pode admitir é o direcionamento específico de medidas inclusivas a determinados indivíduos, ou grupos de indivíduos, quando se sabe que há outros igualmente excluídos, ou mesmo a criação de critérios que claramente irão beneficiar aqueles que não necessitem da medida. Assim, o critério será observado quando a medida conseguir, em um grau razoável de satisfação, todos aqueles considerados excluídos, e, igualmente, lograr afastar da obtenção do regime mais benéfico, em um grau razoável de satisfação, os considerados incluídos.

Uma questão interessante que surge é a seguinte: como deverá proceder o Poder Judiciário ao se deparar com uma discriminação inclusiva, que preencha todos os outros requisitos para ser considerada legal, mas que não inclua um grupo de indivíduos que também faria jus ao benefício? Deverá ser concedida uma ampliação do tratamento beneficiado ou a medida deverá ser considerada inconstitucional como um todo?

A princípio, pequenas falhas na verificação desse critério não poderão ser utilizadas para considerar a medida inconstitucional. Nesse caso, é recomendável a adaptação da medida (como qualquer outro instituto jurídico pode ir se aperfeiçoando ao longo tempo). Entretanto, considerando que o mencionado critério não é atendido de maneira satisfatória, entende-se aqui que até seria possível a extensão da medida pelo Poder Judiciário, mas desde que fossem observados diversos requisitos.

Primeiramente, a medida estendida deverá respeitar todos os requisitos aqui desenvolvidos — inclusive o critério da proporcionalidade, que inclui a não excessiva onerosidade para a sociedade, que pode ser afetada pela sua ampliação. Em segundo lugar, ao conceder tal extensão, não poderá o Poder

Judiciário adentrar no campo da discricionariedade administrativa.[59] Terceira condição é a inexistência de vedação legal a tal ampliação.[60] O último, enfim, reside na ausência de impacto orçamentário da extensão. Em síntese, defende-se aqui que, apesar de ser aprioristicamente possível tal extensão pela via judicial, o preenchimento desses requisitos a torna, muitas vezes, inviável.

4.1.8 Critério do ataque direto (ou imediato) aos motivos causadores das desigualdades materiais

No âmbito das discriminações positivas inclusivas, necessariamente será preciso estabelecer requisitos para determinar aqueles que fazem jus ao regime mais benéfico. Tais requisitos, evidentemente, devem manter uma correlação lógica plausível e adequada com os fatores que dão causa às situações de desigualdade material na prática.

Ocorre que, para que as reais finalidades inclusivas sejam atendidas de maneira eficiente e justa, é necessária a verificação tanto do real motivo da exclusão, bem como de que tal motivo seja utilizado de maneira determinante para definição daqueles que fazem jus ao benefício.

Assim, pelo presente critério, exige-se a observação de dois aspectos: a) a verificação do motivo (ou dos motivos) causador ou mantenedor das desigualdades materiais no plano concreto há de ser feita de maneira *direta*; e b) constatados esses verdadeiros motivos causadores ou mantenedores das desigualdades no plano concreto, a correlação lógica entre eles e os requisitos para que os indivíduos façam jus ao regime beneficiado também deverá ser feita de modo *imediato*.

Veda-se, portanto, a realização de correlações indiretas ou mediatas nas duas situações apontadas. Exemplificando, o acesso a diversos serviços públicos é impedido ou dificultado por questões de cunho exclusivamente econômicos, ou seja, por diferenças quanto ao poder aquisitivo dos indivíduos (falta de recursos para arcar com contas de luz ou telefonia fixa, por exemplo). Assim, não há absolutamente nenhum sentido em se recorrer ao raciocínio de que estatisticamente os indivíduos pertencentes a um grupo X (seja esse grupo formado por questões religiosas, de etnia, ou qualquer outro motivo) estão

---

[59] Campo de discussão que aqui evitaremos adentrar.

[60] Por exemplo, no âmbito do direito tributário, o disposto no artigo 111, inciso II, do Código de Tributário Nacional, que impede interpretação extensiva no caso de isenções.

mais concentrados nas classes sociais de menor poder aquisitivo, devendo a medida inclusiva ser conferida aos que pertençam a tal grupo. Ora, se a dificuldade de acesso ao serviço decorre de problemas de poder aquisitivo, esse fator deverá ser diretamente utilizado na definição dos requisitos para delimitação daqueles que farão jus à política inclusiva.

A realização de correlações diretas é o meio adequado para evitar a concessão de regime beneficiado a incluídos, bem como para indevidamente excluir da política inclusiva os excluídos — correlacionando-se o presente critério com o apresentado no subitem anterior e com o critério da adequação. A realização de correlações diretas é um mecanismo relevante para se evitarem distorções na definição das pessoas que efetivamente necessitam da política inclusiva, de maneira a conferir efetividade ao critério da finalidade.

Tal critério está em perfeita consonância com o requisito da teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello pelo qual a igualdade é agredida quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra mais benéfica não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou a exclusão ao benefício deferido pelo Estado ao cidadão.

Por fim, cumpre observar que esse critério não impede que se utilizem presunções na delimitação dos requisitos para a concessão do regime mais beneficiado. Contudo, elas devem ser adotadas somente em caráter subsidiário (quando não for possível delimitar os requisitos sem recorrer a presunções) e, ainda que sejam presunções, elas devem considerar, de maneira direta, os fatores causadores das desigualdades materiais.

4.1.9 Critério do não estímulo à regressão social ou econômica

Evidentemente, se o objetivo do direito administrativo inclusivo é a promoção da inclusão social e econômica de pessoas físicas ou jurídicas, todos os efeitos consequentes da criação de medidas baseadas em discriminações positivas inclusivas devem caminhar nesse sentido.

Se a criação de determinadas discriminações inclusivas trouxer como efeito um estímulo para que parcela das pessoas que se encontrem no campo dos considerados incluídos se coloque em situação de exclusão para fazer jus à concessão do regime beneficiado, evidentemente que a política inclusiva estará se desviando de suas finalidades. Os objetivos das medidas inclusivas são impulsionar os que estão em situação de exclusão a se incluírem, jamais o oposto.

Abordou-se anteriormente que um dos aspectos do critério da proporcionalidade consiste justamente na necessidade de se mensurar a medida conforme a extensão da desigualdade — "na medida de suas desigualdades". Assim, se as vantagens do regime jurídico conferido aos considerados desiguais os colocam em uma situação mais favorável do que a de incluídos, há um fortíssimo indício de violação a esse aspecto da proporcionalidade.[61]

Ademais, a atração de indivíduos incluídos para o campo da exclusão, além de indesejável, inevitavelmente aumenta o número de beneficiados pela medida e, consequentemente, amplia o ônus social da medida.

4.2 Outras questões pertinentes

Traçados os critérios para aferição da constitucionalidade de uma determinada medida de discriminação positiva inclusiva, passa-se aqui a tratar de alguns aspectos específicos — que não podem ser considerados propriamente critérios —, bem como de algumas questões controvertidas.

4.2.1 Questão da temporariedade

É bastante comum a menção, na doutrina especializada, de um critério da temporariedade das medidas discriminatórias.[62] Em alguns tratados internacionais, o requisito da temporariedade também aparece.[63] Entretanto, considerando o conceito de discriminação positiva inclusiva aqui desenvolvido, questiona-se: a temporariedade é uma característica que deve acompanhar todas as medidas do direito administrativo inclusivo?

A resposta é negativa. Para se entendê-la, basta o recurso a alguns exemplos. O artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal impõe a necessidade de

---

[61] Não se fala aqui, é claro, de fraudes para o preenchimento de requisitos para que o indivíduo faça jus ao benefício, problema esse de outra ordem. Fala-se aqui, na realidade, de a pessoa se colocar na situação de exclusão para fazer jus ao regime mais benéfico. Assim, utilizando um exemplo no âmbito da Lei Complementar nº 123/2006, não se fala aqui de empresas que prestam informações inverídicas para fazerem jus ao regime mais beneficiado das microempresas ou "EPPs", mas sim do (hipotético) caso de se constatar que diversas empresas seguram seu faturamento para permanecerem no regime da lei.

[62] Ferreira Filho, Aspectos jurídicos das ações afirmativas, op. cit., p. 76.

[63] Notadamente, o artigo I, 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação.

reserva de percentual de cargos e empregos públicos a pessoas portadoras de deficiência. Referida norma enquadra-se perfeitamente no conceito aqui desenvolvido de discriminação positiva inclusiva. Indaga-se: o fato de essa norma não ter nenhum condicionamento temporal traz uma potencial violação ao princípio constitucional da igualdade? Sem adentrar no controvertido tema da (im)possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, a resposta parece negativa. Aliás, nessa situação específica, é até recomendável que a medida tenha duração indeterminada, tendo em vista a natureza da causa de exclusão dos deficientes.

Outro exemplo semelhante é o artigo 39 da Lei nº 10.741/2003. Não há violação ao princípio da igualdade em se garantir aos idosos a gratuidade dos transportes públicos sem condicionantes temporais.

Entretanto, a ausência de inconstitucionalidade *per se* da inexistência de condicionantes temporais nas medidas de discriminação inclusivas não implica a impossibilidade da inconstitucionalidade ou ilegalidade superveniente dessas. Isso porque posteriores alterações fáticas podem implicar violações aos critérios aqui desenvolvidos, tornando a medida incompatível com o preceito igualitário. De todo modo, não é especificamente na questão temporal que ocorre a violação ao preceito igualitário, mas sim nos demais critérios apresentados.

Além disso, evidentemente que algumas medidas, por terem natureza paliativa, pressupõem um caráter temporal. Nesses casos, a necessidade da demarcação temporal dá-se por três motivos: a) caso não estejam surtindo os efeitos esperados, serão discriminações não neutras sem finalidade — portanto, discriminações negativas; b) se estiverem surtindo efeitos desejados, mas em grau bem mais reduzido do que o esperado, muito provavelmente violarão o critério da proporcionalidade em seu aspecto de custo-benefício; e c) se a medida paliativa estiver gerando alguns resultados positivos, mas se nenhuma medida definitiva for tomada para a real solução do problema nesse meio tempo, a medida inclusiva muito provavelmente estará servindo de pretexto para que o Estado adie a tomada de medidas para solucionar de maneira real — e não paliativa — o problema, o que será incompatível com a própria teleologia da medida em combater as desigualdades materiais.

Dessa maneira, tem-se que a temporariedade poderá ser considerada um critério quando a medida inclusiva for de natureza paliativa.

4.2.2 Discriminação positiva inclusiva e fontes normativas

Quando a lei cria determinada discriminação positiva inclusiva, desde que respeitados o princípio da igualdade e os demais preceitos constitucionais (em conformidade com os critérios aqui apresentados), mais fácil será a tarefa de delimitar o papel da administração e seus atos (podendo haver atos administrativos normativos para dar execução à lei, atos administrativos concretos de reconhecimento do direito à submissão ao regime mais beneficiado etc.). Mais complicado é responder se a administração pode criar discriminações positivas inclusivas sem uma lei que a autorize.

Tal questionamento remete à discussão do significado operacional do princípio da legalidade. Odete Medauar,[64] pautada na doutrina do administrativista francês Charles Eisenmann, aponta quatro significados do princípio da legalidade: a) possibilidade de a administração realizar apenas atos e medidas não contrários à lei; b) possibilidade de a administração editar atos ou medidas autorizadas por uma norma; c) possibilidade de a administração editar somente atos cujo conteúdo esteja em conformidade com um esquema abstrato fixado por uma norma legislativa; e d) possibilidade de a administração somente editar atos que a lei ordenar. Nota-se uma progressividade de vinculação da administração à lei conforme os significados.

Destaca a autora que, em geral, quanto maior a repercussão das medidas nos direitos dos cidadãos, mais estreita será a vinculação da medida administrativa à norma. Esse parece ser o caminho para responder ao questionamento lançado.

Como medida não neutra, as discriminações positivas inclusivas necessariamente gerarão um ônus àqueles que não fizerem jus ao benefício — podendo esse ônus ser bastante restrito ou muito acentuado, conforme a medida. Quanto maior for esse ônus social, maior será a necessidade de vinculação à lei.

4.2.3 Discriminações positivas inclusivas desvantajosas?

Na taxonomia das discriminações apresentadas no item 2, as discriminações desvantajosas foram definidas como aquelas em que a parcela de

---

[64] Medauar, *Direito administrativo moderno*, op. cit., p. 123-124.

pessoas submetidas ao regime mais benéfico é (consideravelmente) superior à parcela submetida ao regime menos benéfico. Vantajosas seriam aquelas discriminações em que algumas pessoas fizessem jus ao regime mais benéfico e mistas aquelas em que há um equilíbrio.

Nesse contexto, indaga-se o seguinte: é possível uma discriminação positiva inclusiva desvantajosa? Em outras palavras, só é possível que as discriminações positivas inclusivas sejam conferidas a alguns e seu ônus suportado pela maioria ou é possível que muitos dela se beneficiem e o ônus seja suportado por poucos?

Defende-se aqui a posição de que não há uma vedação apriorística a que uma medida abranja um número equivalente ou mesmo superior de pessoas em relação àqueles que não se beneficiarem do melhor regime. Em outras palavras, o fato de uma discriminação inclusiva ser qualificada como desvantajosa não implicará necessariamente que ela será negativa.

Todavia, para que tal discriminação inclusiva não se transforme em perseguição de poucos, há a necessidade de se ter uma justificativa extremamente plausível e alinhada com algum (ou alguns) mandamento constitucional específico.[65]

Um bom exemplo para ilustrar uma discriminação positiva inclusiva desvantajosa é a tributação pautada no princípio da capacidade contributiva — essencialmente, mas não exclusivamente, ligada aos impostos. Ainda que o direito tributário não seja um ramo do direito essencialmente voltado à promoção de inclusão, a imposição de exações tributárias pautadas na capacidade contributiva pode ser perfeitamente compreendida como uma forma de discriminação positiva não neutra que, ainda que tenha caráter genérico (não setorizado), tem por finalidade, entre outras, a promoção de inclusão — havendo, nesta situação, uma forte intersecção desse ramo do direito público com o direito administrativo inclusivo.

Com base nesse preceito constitucional, ainda que parcelas pequenas da população suportem alíquotas superiores de impostos (por exemplo, no imposto de renda), tal medida, a despeito de poder ser considerada

---

[65] Fala-se aqui em mandamentos específicos para se evitar justificativas pautadas simplesmente em mandamentos mais genéricos. A despeito de sua enorme importância para o ordenamento jurídico, tais mandamentos não se mostram adequados para a presente finalidade. Assim, justificar imposições enormes em reduzidas parcelas da população não pode se pautar simplesmente em mandamentos genéricos como a dignidade da pessoa humana ou o princípio da solidariedade.

uma discriminação desvantajosa inclusiva, é plenamente compatível com o ordenamento jurídico.

Deste modo, retomando a questão levantada ao final do subitem 4.1.6, tem-se que a existência de uma discriminação inclusiva desvantajosa não viola *per se* o critério da proporcionalidade, ou seja, não constitui um quarto aspecto desse critério. Todavia, ela pode ser considerada um forte indício de que a medida não tenha obedecido alguns dos critérios aqui desenvolvidos — inclusive o da proporcionalidade, em seus três aspectos.

4.2.4 Discriminações positivas não neutras para tutela da igualdade formal?

O modelo jurídico aqui proposto, conforme toda a delimitação conceitual formulada no item 2, refere-se às discriminações positivas inclusivas. Portanto, essa estrutura serve à tutela da igualdade em seu aspecto material. Surge então a seguinte questão (já levantada anteriormente): é possível a utilização de discriminações positivas inclusivas para a tutela da igualdade formal?

Primeiramente, cumpre esclarecer que as desigualdades formais, ao contrário das materiais que podem ser originadas de diversos fatores, são causadas exclusivamente pelo ser humano. Este pode ser responsável por tal tratamento discriminatório ilícito por duas maneiras distintas: pela via institucionalizada (*i.e.*, a criação de normas que dispensam um tratamento discriminatório violador da igualdade em seu aspecto formal) ou pelo comportamento humano cotidiano.

Quando a violação da igualdade formal se dá por essa via institucionalizada, evidentemente sua tutela dar-se-á pelo que no item 2 se denominou de nível de tutela da igualdade formal consistente na positivação de normas condizentes com o princípio igualitário em seu aspecto formal. Assim, se há leis ou atos violadores da igualdade em seu aspecto formal, tal situação deverá ser combatida pela sua revogação ou pelos mecanismos judiciais de controle — abstratos ou concretos.

Já se a desigualação formal ocorre pelo comportamento humano cotidiano, os outros níveis de tutela da igualdade formal apontados são os meios mais adequados — ou seja, pela aplicação de sanções diretas e indiretas àqueles que a violarem e por meio de atos estatais destinados à formação de uma consciência coletiva sobre o respeito à igualdade e acerca do combate às discriminações ilegítimas.

O questionamento aqui proposto refere-se, portanto, à possibilidade de se utilizar, além dessas formas de tutela apontadas, mecanismos de discriminação positiva inclusiva para a tutela da igualdade formal. Entende-se aqui ser possível um quarto nível de atuação, mas que tenha caráter subsidiário em relação aos outros três. Além disso, ele não pode ser empregado com finalidade de inclusão material. Ou seja, não se trata propriamente da discriminação positiva inclusiva tratada neste trabalho, mas sim de discriminação positiva não neutra cuja finalidade é estabelecer a normalidade de tratamento entre pessoas consideradas iguais.

Um bom exemplo dessa forma de tutela é o artigo 10, §3º, da Lei nº 9.504/1997, que, a partir da constatação de que as mulheres — ainda que detivessem a mesma competência e apelo político para se candidatarem aos cargos do Poder Legislativo elegíveis pelo sistema proporcional — eram preteridas no registro das candidaturas por simples questão de gênero, criou a necessidade de que cada partido registrasse o mínimo de 30% e máximo de 70% de cada gênero.

Aliás, interessante notar que o dispositivo foi redigido de maneira adequada de modo a tutelar a igualdade formal sem criar uma desigualdade formal no âmbito legislativo, pois o mínimo de 30% foi destinado a cada um dos gêneros, e não especificamente em relação às mulheres — o que, de certo modo, pode até afastar a característica da não neutralidade de tal discriminação.

Importante se observar, entretanto, que a teoria estruturada neste breve ensaio se destina exclusivamente a operacionalizar o direito administrativo inclusivo — na conceituação mais restrita adotada — por meio do desenvolvimento de um modelo para qualificar como positiva determinada discriminação inclusiva. Desse modo, ainda que alguns dos critérios aqui desenvolvidos possam ser aproveitados e/ou adaptados, é necessário o desenvolvimento de outro modelo para disciplinar esse quarto nível de tutela da igualdade formal.

5. Conclusão

Embora bastante aceita a ideia de que o Estado deve buscar mecanismos de promoção da igualdade material e do amplo aparato normativo-constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a aplicabilidade

pragmática e a operacionalização do princípio da isonomia não se apresentam como tarefas fáceis.

Se, por um lado, há uma gama bastante ampla de autores — sobretudo de direito constitucional e direitos humanos — que defendam a constitucionalidade, de maneira geral, da adoção de medidas discriminatórias positivas inclusivas por parte do Estado, há, em contrapartida, uma carência de estudos — ao menos na doutrina nacional — destinados a fornecer um aparato para que se proceda à análise da constitucionalidade de medidas dessa natureza.

Dar esse segundo passo no sentido de viabilizar a análise mais aprofundada da constitucionalidade de uma medida inclusiva específica parece ser fundamental para a própria concretização do mandamento igualitário. Isso porque a implementação de intervenções com finalidades inclusivas de forma absolutamente desregrada e sem nenhum tipo de critério pode, paradoxalmente, vir a ocasionar mais exclusões e violações ao preceito isonômico.

Nesse passo, o direito administrativo parece ser um campo adequado para se discutir tais critérios, haja vista o fato de ser ele o ramo do direito público destinado a regulamentar a relação Estado-cidadão e viabilizar a operacionalização da atuação estatal destinada a concretizar diversos mandamentos constitucionais.

Assim, ao propor o modelo jurídico ora desenvolvido — seja pelas dificuldades inerentes ao tema da igualdade, seja ainda pela carência de estudos direcionados à operacionalização prática do princípio da igualdade, sobretudo no campo do direito administrativo inclusivo, seja pelas dificuldades epistemológicas inerentes ao desenvolvimento de qualquer modelo jurídico —, intentou-se chamar a atenção para a carência de critérios seguros e confiáveis para a efetivação da igualdade material, bem como apontar uma série de pontos muitas vezes negligenciados nas discussões sobre a promoção estatal da igualdade material.

Naturalmente, dada a característica mais próximas de ensaio do presente trabalho, bem como a já bastante realçada carência de critérios (doutrinários ou jurisprudências) para se aferir a constitucionalidade das medidas inclusivas, tem-se que — do ponto de vista metodológico — o modelo ora proposto foi construído muito em função das reflexões deste autor a respeito do tema — naturalmente influenciadas pelos dois trabalhos específicos sobre o tema apresentados. Assim, sem nenhuma pretensiosa intenção de se impor o modelo ora desenvolvido, buscou-se apenas despertar a atenção do leitor

para o tema, e apresentar um modelo evidentemente passível de se sujeitar a críticas e aprimoramentos.

Entende-se, portanto, que uma discriminação (não neutra) inclusiva somente pode ser considerada positiva quando atende, de maneira satisfatória, aos critérios, desenvolvidos no decorrer do presente artigo, da: a) finalidade; b) objetividade; c) juridicidade do benefício; d) necessidade; e) adequação ou aptidão; f) proporcionalidade (em sentido estrito); g) precisão; h) ataque direto ou imediato aos motivos causadores das desigualdades materiais; e i) não estímulo à regressão social ou econômica.

Adicionalmente a isso, conclui-se que: a) a depender da natureza paliativa da medida, há a necessidade de se observar o critério adicional da temporariedade; b) modelos que impliquem um maior ônus social devem ser editados com base em noções mais estritas do princípio da legalidade; c) o usufruto dos benefícios das medidas inclusivas por diversos indivíduos em detrimento de poucas pessoas que suportaram os ônus da medida representa um forte indício da inconstitucionalidade da medida; e, enfim, d) que o presente modelo, embora possa ser parcialmente aproveitado, não se destina ao combate, pelo Estado, de discriminações ilegítimas sofridas por indivíduos que deveriam ser formalmente tratados com igualdade, mas sim às medidas inclusivas públicas tendentes a atender o programático objetivo de reduzir as desigualdades materiais.

Finalmente, ressalta-se, mais uma vez, que tais critérios não se referem a um juízo político de conveniência de determinada discriminação positiva inclusiva, mas somente à sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: fundamentos jurídicos da incidência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DWORKING, Ronald. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 69, n. 2, p. 72-79, jul./dez. 2003.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. SEMINÁRIO INTERNACIONAL — AS MINORIAS E O DIREITO. Série Cadernos do CEJ, 24. Disponível em: <http://sites.multiweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira*: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Marco Aurélio. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza. v. 24, n. 24, p. 151-161, 2001.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 109-118.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*. Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista Estudos Feministas* [online], v. 16, n. 3, p. 887-896, 2008. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/10.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos Estudos Jurídicos* [online], v. 13, n. 2, p. 77-92, jul./dez. 2008. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32745/public/32745-40386-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013.