

YURI SCHNEIDER

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*A (in)efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais
no Estado Democrático de Direito; as Ações Afirmativas
como Políticas Públicas Consectárias da Busca da Eficaz
Aplicação do Princípio Constitucional da Igualdade*



Editora Unoesc



YURI SCHNEIDER

ISBN 978-85-8422-055-7

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*A (in)efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais
no Estado Democrático de Direito; as Ações Afirmativas
como Políticas Públicas Consectárias da Busca da Eficaz
Aplicação do Princípio Constitucional da Igualdade*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Talita Varella da Silva
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S359i	Schneider, Yuri. A (in)efetividade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito; as ações afirmativas como políticas públicas consecutórias da busca da eficaz aplicação do princípio constitucional da igualdade / Yuri Schneider. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais Sociais) 66 p. ; il. ; 30 cm. ISBN 978-85-8422-055-7 1. Direitos fundamentais. 2. Princípio da efetividade. 3. Igualdade. I. Título. II. Série Doris 341.27
-------	---

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Glauber Wagner
Eliane Salete Filipim
Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Carlos Strapazzon (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramalera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I	
A TEMÁTICA JURÍDICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE COMO BASE FUNDANTE PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	11
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
1.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. EVOLUÇÃO HISTÓRICA; IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE SUBSTANCIAL (MATERIAL). A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	15
1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FULCRO JURÍDICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.....	24
1.4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE COMO FULCRO IMEDIATO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS, PORTANTO, CONCRETIZADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL.....	31
CAPÍTULO II	
A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTOS DE INCLUSÃO SOCIAL E CONSECUTÓRIAS DA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	35
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	37
2.2 ASPECTOS GERAIS DE ESTEREÓTIPO, PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA.....	37
2.3 AÇÕES AFIRMATIVAS	44
2.4 A APLICAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: A NECESSÁRIA MANUTENÇÃO DESTAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL EM <i>TERRAE BRASILIS</i> , PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM UM ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS.....	63

APRESENTAÇÃO

Este livro evidencia, de forma hialina o diálogo e a sintonia acadêmica plena com que o autor, pesquisador do Mestrado em Direito da Unoesc, vem realizando no Projeto de Pesquisa “Estado, políticas públicas e instrumentos jurídico-democráticos de efetivação de direitos fundamentais sociais: mecanismos eficacias contemporâneos de concretização”.

A presente obra, que aborda os constantes estudos sobre Direitos Fundamentais Sociais, trabalha com questões de alta relevância acadêmica que estão diuturnamente na pauta de todos os países.

O tema “Ações Afirmativas como políticas públicas consecutórias da busca da eficaz aplicação do princípio constitucional da igualdade e dos Direitos Fundamentais Sociais” é, indubitavelmente, tema que traz importante relevância para o constante estudo da atuação do Estado na efetivação de políticas públicas para concretização de tais direitos.

A Constituição Federal de 1988 promulgada no segundo pós-guerra, após inúmeros movimentos sociais e um longo período ditatorial, instituiu em seu art. 1º a construção de um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo jurídico.

Em que pese tais promessas constitucionais, no Brasil, assim como em outros países conhecidos como de Terceiro Mundo (destacando-se países da África, Ásia e América do Sul), estas não alcançaram efetividade.

A condição de Welfare State não chegou a ser concretizada, o que faz parecer que o Brasil, vive uma espécie de “pré-modernidade” ou “modernidade tardia”, em que há uma nítida contradição entre o que prevê a Constituição e a situação fática.

Por isso da importância desta obra, visto que os tópicos aqui apresentados estão articulados de maneira que abordam sobremaneira aspectos de discussão política, histórica, filosófica e dogmática relativos à filosofia e efetivação de tais direitos ditos fundamentais.

Desta forma, nesta obra o autor retoma vários aspectos a respeito do tema proposto nos grupos de pesquisa do PPGD da Unoesc, trazendo com sua impressões críticas uma contribuição extremamente importante para a (re)construção e avanço das questões democráticas de Direitos Sociais.

INTRODUÇÃO

Em um contexto de histórica desigualdade social, como no caso das sociedades de capitalismo tardio, com a adoção de um constitucionalismo marcado pela ideia de uma sociedade justa e solidária forjada como Estado Democrático de Direito, a fórmula das Ações Afirmativas surge como uma das condições de possibilidade para o resgate das *promessas não cumpridas da modernidade*. Porém, e em razão deste mesmo ambiente, entendemos que é necessário perquirir quais as dificuldades que as políticas positivas de Ações Afirmativas encontram para servirem como mecanismos propícios para redução das desigualdades no modelo de Estado contemporâneo.

Com isso depreende-se que, o cerne desta obra, e também o seu maior objetivo, é a defesa da constitucionalidade e legitimidade da implementação das Ações Afirmativas no contexto jurídico-político do nosso país, sendo a origem desta temática, a observação, leitura e reflexão da experiência social excludente sofrida por diversos grupos considerados excluídos em nossa sociedade.

As relações humanas sempre foram complexas, até mesmo antes de os seres humanos organizarem-se em sociedade. Com a evolução das civilizações, muitas atrocidades foram cometidas entre os diferentes povos, ora em nome da busca pela sobrevivência, ora pela insaciável luta pelo poder, sem qualquer consideração à condição humana. Tempos depois do advento do Cristianismo e do Iluminismo, construiu-se, no mundo ocidental, uma nova formulação da natureza do ser e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com as suas criações e com as da natureza, percebendo-se que ele não existia para o direito e para o Estado, mas estes é que tinham como fim a realização dos valores e das necessidades fundamentais da pessoa.

Não obstante, os horrores da Segunda Guerra Mundial colocaram a descoberto a fragilidade das convicções que até ali se tinham como universais. Mas a reação contra isso, já no Pós-Guerra, levou à consagração da dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser observado tanto no plano internacional como no direito interno de praticamente todos os países do ocidente.

Passou-se então, a buscar, mais do que em qualquer outra época da história, a valorização do ser humano e maior equilíbrio nas relações sociais. No entanto, no mundo contemporâneo ergueu-se um palco de abismos sociais como nunca vistos: as desigualdades sociais e a falta de condições humanas acentuam-se em praticamente todos os países.

Nesta senda, entendeu-se necessário refletir nesta pesquisa, em um primeiro momento, a respeito do cenário estatal em que nos encontramos, discutindo sua situação atual a partir de seus conflitos internos e externos, para que só assim pudéssemos preparar o terreno com o intuito de analisar, de uma maneira mais objetiva, a base principiológica de sustentação dos direitos humanos fundamentais, incluída nestes, a discriminação positiva.

Não resta dúvida de que o último quarto do século passado, em razão desse irremediável processo de transformações que o fenômeno da globalização trouxe ao cenário mundial, caracterizou-se pela crise de paradigmas nas mais variadas áreas do conhecimento humano.

No centro dessa crise, e potencializada pelas ideias neoliberais que se aproveitaram do caminho deixado pela globalização econômica, encontra-se o Estado - a instituição criada no mundo moderno pelos homens para organizar jurídica e politicamente a sociedade. Nesse sentido, o Estado Moderno e suas intrínsecas características da centralidade e exclusividade passa a ser questionado. A soberania estatal que foi o elemento balizador da constituição e reconhecimento

dos Estados, hoje se encontra relativizada, haja vista as variadas e contundentes pressões externas que sofre decorrente da multiplicidade de poderes existentes, em especial os surgidos das imbricações econômicas internacionais e transnacionais.

A par dessa crise, e com certeza como seu corolário, observa-se igualmente o desprestígio das Constituições dos Estados nacionais. Assim como os Estados, também o documento jurídico-político de sua organização vem sofrendo os influxos da globalização e do modelo neoliberal que se hegemonizou a partir da década de 80 do século passado.

A emergência do Estado Constitucional, por obra e imposição da burguesia sufocada pelo Estado absolutista, representou um insofismável avanço em relação à democratização do poder. Para delimitar os poderes supremos do Rei, surge, através de Montesquieu, a teoria da separação dos poderes e a garantia das liberdades individuais. O Estado Constitucional, entretanto, foi ampliando suas atribuições e competências no decorrer da história. Das meras liberdades individuais e de um Estado absenteísta, passa-se a um constitucionalismo social, o qual reconhece direitos sociais e impõe ao Estado a tarefa de interventor-promocional de políticas públicas.

Não obstante esse caráter altruísta de ser um instrumento de emancipação social, para os fenômenos da globalização e do neoliberalismo esse tipo de Estado e Constituição é impeditivo do pleno desenvolvimento do mercado e, portanto, são os principais alvos dos teóricos desses processos. Para tanto, nas ideias neoliberais, o Estado deveria ser mínimo, afastando-se de qualquer intervenção ainda que esta representasse políticas públicas de inclusão social, pois até mesmo as carências sociais seriam resolvidas pela “mão invisível” do mercado. E as Constituições, por sua vez, sofrem constantes e incisivos ataques no sentido da flexibilização de direitos sociais e econômicos para se adaptarem à nova ordem econômica mundial, sendo estes, muitas vezes, como se verá na abordagem final do primeiro capítulo, levados a crer por muitos, que nem ao menos deveriam ser considerados direitos humanos fundamentais.

A tão falada “Constituição dirigente”, portanto, representa para os teóricos neoliberais um empecilho ao livre mercado, pois ela não apenas recomenda, mas determina a presença do Estado como um privilegiado agente econômico, cujo objetivo é distribuir renda e promover a inclusão social.

Por nossa ótica o direito e o Estado, surgem como importantes agentes transformadores da realidade social, em um Estado Democrático de Direito, sendo os elementos fundamentais para que possamos ter esperanças positivas em um futuro incerto em se tratando do assunto da inclusão social, frente a globalização neoliberal.

Devemos ter a noção de que, em uma sociedade democrática e pluralista, respeitar os direitos fundamentais do cidadão significa aceitar as diferenças e tolerar as características de cada ser humano, proporcionando-lhe o que podemos denominar de igualdade social.

Para isso, os princípios que podemos utilizar para tal aplicação já estão suficientemente definidos, e dentre eles podem ser mencionados, o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade matéria (substancial), presentes em nosso texto constitucional.

Sendo assim, e sabendo da extensa evolução histórica destes princípios, os quais, sem dúvida, sustentam os mecanismos de inclusão social o qual defendemos nesta pesquisa, será necessário abordarmos tais aspectos em capítulo apartado, tendo em vista a importância de calcarmos a idéia-base, jurídica e filosófica, da discriminação positiva para, somente após, podermos adentrar no objetivo primeiro desta dissertação.

As Ações Afirmativas surgem com a constatação da fragilidade e da insuficiência da natureza puramente formal do princípio da igualdade, e constituem importante instrumento de concretização da igualdade material, uma vez que realizam a igualdade de condições na busca do bem comum prometido pelo Estado social.

A abordagem do direito fundamental à igualdade, no Capítulo 1, faz-se uma incursão sobre o conceito e evolução histórica daquele princípio, bem como a abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana, base de sustentação imediata do princípio constitucional da igualdade material. Neste mesmo tema, far-se-á necessário fundamentar a ligação indissolúvel entre as Ações Afirmativas e o princípio constitucional da igualdade, sendo este seu alicerce principal e direto.

O último Capítulo está destinado exclusivamente ao tratamento das Ações Afirmativas. Para isso, entende-se que se faz necessário comentar, mesmo que de maneira superficial, alguns conceitos relevantes como estereótipo, preconceito e discriminação. Após isso, exploraremos tais políticas de inclusão social em sua evolução histórica, conceituação, experiências em outros países, principalmente naquele que é considerado como o precursor deste mecanismo consuetudinário da aplicação do princípio da igualdade substancial, o qual seria os Estados Unidos. Todavia, interessante se faz abordar a atualidade destas medidas nos países que a utilizaram. Por fim, a análise da inserção das Ações Afirmativas no Brasil será exposta desde sua primeira manifestação em nosso cenário jurídico, bem como a justificativa da necessária aplicação de tais políticas públicas em *terra brasilis* na atualidade, principalmente por estarmos inseridos (ou pelo menos, entendemos que assim o deveria ser considerado) em um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, iniciamos a partir de agora a presente obra, analisando o Estado e sua estrutura apresentada para que possamos, após isso, trabalharmos as Ações Afirmativas e sua base de sustentação para efetivar um importante aspecto dos Direitos Fundamentais Sociais.

CAPÍTULO I

*A temática jurídica do princípio constitucional da
igualdade como base fundante para concretização
dos direitos fundamentais sociais*

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabendo que existe uma dificuldade pelos operadores do direito em entender os direitos sociais como direitos humanos fundamentais não hierarquizados, mas, sim, em um mesmo patamar de importância, ou melhor, como mecanismos de efetivação dos princípios constitucionais quais seriam, o da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, entende-se ser necessário adentrar com maior profundidade nestes princípios ora mencionados, principalmente no da isonomia, em seu aspecto formal e material.

Sem dúvida, o objetivo maior deste trabalho, ou seja, a apresentação das Ações Afirmativas como instrumentos de concretização de uma política de inclusão social, seja ela pública ou privada, entende-se estar baseada imediatamente ao Princípio Constitucional da Igualdade que, por sua vez, tem como sustentação o da Dignidade da Pessoa Humana, assim como todos os direitos ditos humanos fundamentais existentes em nossa Constituição. Por isso, importante abrir espaço, também, para explorarmos os conceitos construídos e desconstruídos deste princípio mediato das Ações Afirmativas (dignidade), visto sabermos ser a inefetividade do mesmo o cerne de toda a usurpação (no sentido de tomar o lugar indevidamente) dos direitos das minorias em nosso país.

Vários são os motivos para que haja empenho na busca de soluções para o problema das desigualdades que condenam determinados grupos a condições de inferioridade e subjugação em virtude das características socioculturais em que nascem.

A par dos mais evidentes, como a garantia dos direitos fundamentais, da liberdade e da igualdade para todos, é forçoso admitir a inviabilidade do desenvolvimento de uma democracia na constância do afastamento de um grande número de pessoas das decisões políticas. Também o crescimento econômico será mais árduo enquanto houver a exclusão de grupos significativos de pessoas do processo produtivo. E mesmo a fruição dos bens da vida será dificultada enquanto for esta impossível para determinadas parcelas da população.¹

Sendo certa a necessidade da efetivação da igualdade real na sociedade, cabe ressaltar que não bastam o combate e a proibição das discriminações, é imprescindível a promoção da igualdade através de políticas que busquem a inserção das minorias desfavorecidas e estimulem mudanças na cultura e na mentalidade das pessoas. Isso para que sejam revertidas as ideias preconceituosas e discriminatórias que usurpam injustamente, dessas minorias, qualquer oportunidade de integração e ascensão social.

Em um contexto de proteção e garantias, mormente a efetivação do “direito à diferença”, é que exsurge a necessidade de aplicação na plenitude do princípio constitucional da igualdade.

Todavia, a igualdade que se visa garantir, ou seja, a jurídico-constitucional está longe de se revelar condigna e de resultados, o que faz urgir a necessidade de algumas medidas governamentais, como, por exemplo, a já comentada implementação de políticas públicas visando salvar, exclusivamente, certos grupos sociais étnicos.

É imperioso comentar que, ainda hoje, para muitos, as medidas de “discriminação positiva” (ações afirmativas) são inconstitucionais, uma vez que seriam destinadas a conceder

¹ Não se quer, com isso, sustentar que a igualdade é necessária apenas porque gerará benefícios para a sociedade. A igualdade precisa ser garantida porque a desigualdade de que tratamos é injusta, é aquela que decorre de discriminações e de preconceitos que impedem a igualdade de condições ao se iniciar a competição pelos bens da vida. Entretanto, faz-se mister reconhecer que, além disso, a diversidade e o pluralismo trarão o bem social.

privilégios a somente alguns grupos, chocando-se com o princípio da igualdade, o que abriria margem para um argumento de “discriminação negativa”.

Não obstante isso, nesta função de proteção da igualdade, transfere-se ao Estado um novo símbolo que contrasta com este poder que de dispõe, qual seja, o da solidariedade.

Solidariedade esta que pode ser visualizada ao mesmo tempo como valor ético e como princípio positivado nas Constituições; como uma obrigação moral ou um dever jurídico. Todavia, como diria Martinez (1995), em virtude da correspectividade entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade e a justiça.

La solidaridad se integra com los demás valores, libertad, seguridad jurídica e igualdad, por el comum objetivo de contribuir, por medio de los derechos que fundamenta, al dinamismo de la libertad, que facilita el ejercicio de la libertad de eleccion hacia la conservación de la libertad o autonomia moral. (MARTINEZ, 1995, p. 279).

Jürgen Habermas menciona a solidariedade como princípio fundamental do Estado de Segurança, que substitui o Estado de Bem-estar Social (HABERMAS, 2003).

Podemos afirmar com isso que é um dos caminhos para a afirmação do mínimo existencial que informa também a justiça, ao criar o vínculo de apoio mútuo entre os que participam dos grupos beneficiários da redistribuição dos bens sociais.

A justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade, da mesma forma que os direitos sociais fundamentais também dependem dos vínculos da fraternidade.

Uma hipótese importante e relevante neste contexto, e que caberá ser abordada neste capítulo, será a base filosófico-constitucional do princípio da igualdade, onde a mesma possui apoio.

Em se tratando da base filosófica-constitucional, interessante ressaltar nesse momento o pensamento de Joaquim Benedito Barbosa Gomes, para quem:

O debate em torno do princípio constitucional da igualdade, em cuja raiz se situa a discussão a respeito dos direitos civis, e especialmente do seu mais eficaz instrumento de implementação - as ações afirmativas -, traz em si, além de uma explosiva carga político-ideológica, uma base filosófica e constitucional não desprezível. (GOMES, 2011, p. 61).

Advogamos a tese de que para adimplirmos as obrigações constitucionais previstas em nossa Carta Maior, deve ser observada a manifestação do “Ser” da Constituição, que se dá, na presente abordagem, através da discussão sobre a realização dos direitos e garantias fundamentais, o que há muito (infelizmente) foi esquecido.

Neste sentido, o paradigma a ser rompido é aquele descrito por Lenio Luiz Streck como um paradigma epistemológico da filosofia da consciência, afinal, como bem nos lembra Stein (2007), a crise do direito é uma crise de fundamento, quem sabe de ausência e de limitação de fundamento, sendo necessário que se proceda à crítica dos paradigmas que sustentam o Direito e contribuem para a manutenção do *status quo*, que limita, exclui e que aliena não somente o indivíduo, mas a própria concepção de Estado, que não produz mínimas condições de bem-estar.

A presente indagação e estudo, minudentes e sistemáticos, com o fim de descobrir ou estabelecer fatos ou princípios relativos ao conhecimento constitucional, é de relevância teórica, não somente por tais ideias serem agregadas a uma concepção, ainda que incipiente, de constitucionalismo mundial, podendo viabilizar o futuro dos direitos sociais numa sociedade globalizada,

num amplo compromisso com os operadores do Direito, mas também por abordar a discussão sobre o grande descaso existente na elaboração doutrinária acerca da concretização e realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, mormente o princípio da igualdade, consequência das próprias bases epistemológicas do pensamento jurídico.

Assim, almeja-se demonstrar que a elaboração de referenciais aptos a uma mudança de paradigma de Direito e de noção de Estado é fundamental, superando-se as posições mais conservadoras, que impedem um desvelamento dos conceitos de Estado e do Direito, que não mais condizem com as necessidades da coletividade, da cidadania, de modo que os operadores jurídicos passem a utilizar a Constituição Federal e o Direito como instrumento de efetivação das garantias e direitos fundamentais, propiciando/realizando uma verdadeira democracia substancial no que tange à efetividade do princípio constitucional da igualdade e, por consequência, o da dignidade da pessoa humana.

1.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. EVOLUÇÃO HISTÓRICA; IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE SUBSTANCIAL (MATERIAL). A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A matéria da isonomia tem sido objeto de profundas reflexões nas sociedades ocidentais, principalmente a partir do constitucionalismo moderno, adotado, em fins do Século XVIII, pela maioria dos Estados, em objeção aos regimes absolutistas.

Todavia, apesar de ainda hoje termos presente o cruel axioma utilizado por Aristóteles, mencionado aberta ou veladamente por muitos, de que “*há homens que nasceram para escravos e outros para senhores*” (ARISTÓTELES, 2001), o correto é que mesmo as mais antigas escolas de pensamento já rechaçavam a desigualdade intrínseca do gênero humano e propugnavam, ao contrário, por uma igualdade substantiva e moral como critério de tratamento das pessoas.

A igualdade erigida como princípio conheceu novas linhas a partir das constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, dividindo-se, entretanto, os estudiosos a respeito da primazia de sua positivação nos documentos internacionais.

Entretanto, existem outros doutrinadores que defendem que a ideia jurídica da igualdade surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao proclamar no art. 1º: “Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.” Por outro lado, existem autores que reconhecem que, em verdade, foi na América que pela primeira vez os textos constitucionais consagraram o princípio da igualdade, a começar pelo *Bill of Rights*, da Virgínia, em 1776, constando no art. 1º: “Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posterioridade [...]”

Também na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776, registrou-se no art. 1º “Todos os homens são criaturas iguais”; e, ainda, na Constituição do Estado de Massachusetts, em 1780: “Art. 1º. Todos os homens nasceram livres e iguais, e têm certos direitos naturais, essenciais, e inalienáveis, e entre eles se deve contar primeiramente o direito de gozar a vida e liberdade, e o de defender uma e outra [...]”

Sendo assim, duvidoso seria afirmar que a França deveria ser apontada como a consagradora de tal princípio isonômico, restando-lhe, tão-somente, o enunciado que, por ser mais conhecido, tornou-se mais influente (ALBUQUERQUE, 1993).

É importante ressaltar, no entanto, que a origem da concepção e inspiração dos direitos fundamentais não está ligada diretamente às primeiras Declarações de Direito e ao próprio surgimento do constitucionalismo americano e europeu. Da mesma forma, as primeiras referências ao princípio da igualdade são anteriores à Revolução Francesa e à independência americana, o que não afasta a relevância desses dois documentos políticos e sua grande influência no direito contemporâneo.

Como bem nos traz José Afonso da Silva, a concepção de direitos fundamentais é anterior às Declarações de Direito, tendo por inspiração filosófica o pensamento cristão, como fonte remota; a doutrina dos direitos naturais dos Séculos XVII e XVIII; o pensamento iluminista; e, posteriormente, o Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas: a doutrina social da igreja, a partir do Papa Leão XIII, e o intervencionismo estatal (SILVA, 1989). É nesse sentido que alguns contestam aqueles que defendem que o surgimento dos direitos humanos teria se iniciado em 1.215 com a outorga da Magna Carta pelo Rei João Sem Terra, ou somente a partir da Revolução Francesa de 1789. Enuncia o autor que vários Códigos antigos gravados em pedra já limitavam o poder absoluto do monarca, a exemplo do Código de Hamurábi, ao tempo de 1792 a 1750 a.C., considerando, pois, esta fase como a primeira na escala de evolução dos direitos humanos.

E, neste aspecto, importante referir os ensinamentos de Jayme Altavila, para quem, anterior ao Código de Hamurábi, a Legislação Mosaica já previa um conjunto de normas jurídicas que influenciaram tanto o direito que a sucedeu como o direito moderno (ALTAVILA, 2004).

Este autor, após minuciosa pesquisa sobre os fatos e ideias que antecederam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, concluiu pela negação de correlação entre a externação política dos Estados norte-americanos e o documento básico dos revolucionários franceses, pois exarados segundo as condições internas e psicológicas compatíveis a cada povo. Os princípios igualitários do homem não constituíram criações ou expressões inéditas do Século XVIII, visto que já haviam sido concebidos pelos grandes pensadores da modernidade, entre eles Montesquieu e Rousseau, que despertaram, mais do que outros filósofos, o espírito universal para a proposição da realidade dessas ideias (ALTAVILLA, 2004).

O correto é que, segundo Joaquim B. Barbosa Gomes, foi a partir das duas experiências institucionais (francesa e americana) que se

[...] edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos inter-individuais. (GOMES, 2011, p. 2).

Esta, aliás, era a ideia de igualdade para a tradição liberal, que tinha como núcleo os direitos civis e políticos tendo como cerne destes a propriedade, ou seja, a igualdade meramente formal visava assegurar a garantia das liberdades e das igualdades, todavia, de uma sociedade de proprietários.

É certo que a concepção de igualdade jurídica, meramente formal, surgiu para terminar com os privilégios do *ancien regime*, e terminar com as distinções e discriminações baseadas na linhagem ou posição social, vindo a estabelecer-se como principal ideologia do constitucionalismo, que nasceu no século XIX, e que continuou seu exitoso caminho por boa parte do século XX.

Guilherme Machado Dray deixa-nos clara a ideia de que

[...] o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis. (DREY, 2011, p. 2).

Esse conceito de igualdade que veio dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês trouxe a noção de que a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie.

A ideia de igualdade passou por variados tratamentos no decorrer dos paradigmas anteriores. No período do constitucionalismo clássico, a igualdade era vislumbrada como um conceito meramente formal e abstrato, ou seja, no paradigma liberal, o homem viu pela primeira vez reconhecidos seus direitos individuais. Em seguida, no paradigma social, a igualdade passou a se sustentar na garantia dos direitos econômicos, sociais, coletivos e difusos e, portanto, neste momento a igualdade abdica de seu aspecto meramente formalista. Já o constitucionalismo contemporâneo, com a influência de um Estado Democrático de Direito, paradigma no qual nos inserimos, é premente o reconhecimento do direito de igual participação do cidadão na sociedade.

Este “novo” constitucionalismo, cuja síntese alterou sensivelmente o significado do princípio da igualdade, passou a centrar-se no princípio da dignidade da pessoa humana, e este, pode-se referir, provém da ideia de que o direito foi criado para o homem que é fim e não meio. Aliás, para o homem e seu meio.

Ainda neste mesmo raciocínio de dignidade da pessoa humana, o qual abordaremos com maior objetividade neste mesmo capítulo, temos o pensamento de Glauco Barreira Magalhães Filho, para quem:

A pessoa humana é o valor básico da Constituição, o Uno do qual provém os direitos fundamentais não por emanção metafísica, mas por desdobramento histórico, ou seja, pela conquista direta do homem. Só podemos compreender os direitos fundamentais mediante o retorno à ideia de dignidade da pessoa humana, pela regressão à origem. (MAGALHÃES, 2001).

A marginalização política, social e econômica sofrida por determinados grupos de pessoas é resultado do fenômeno da discriminação. Este, por contar com um caráter competitivo inerente aos homens, traz consigo um eterno conflito: sempre o interesse de alguns na promoção da igualdade será resistido pelas tentativas dos outros de manutenção da ordem vigente.

É diante desse embate que cabe ao Estado abandonar sua posição clássica de neutralidade, para implementar políticas sociais que possibilitem a substituição da relação originária de comparação entre os homens por uma relação de equiparação. Do Estado é cobrada uma posição ativa de busca da concretização da igualdade. Isto porque em grande parte dos Estados, por muito tempo, determinados grupos foram mantidos em posição de subjugação legal, (como a escravidão), e por mais que sejam editadas normas que mandem cessar a inferioridade, a igualdade real nunca será atingida sem a intervenção do Estado.

Começa a difusão da ideia de que a igualdade precisa ser promovida. Afinal, uma ordem social arraigada na tradição cultural dos Estados, no imaginário coletivo e na noção generalizada de que determinadas pessoas têm status de inferioridade e de subordinação, não pode ser revertida por simples leis.

Fica claro então que o que importa estabelecer para que possamos mais tarde adentrar na seara das Ações Afirmativas - como mecanismos de efetividade do princípio constitucional da igualdade -, é justamente isso, a diferenciação entre as duas concepções surgidas em torno do princípio da igualdade - a igualdade formal e a igualdade material (ou substancial), e seus desdobramentos, a partir do processo evolutivo do constitucionalismo moderno e contemporâneo, permeado pelas duas fases já mencionadas, o Estado Liberal e o Estado Social.

A distinção entre o princípio da isonomia, formal e substancial, sobressai ante o tema das Ações Afirmativas, as quais buscam revigorar o princípio da igualdade a partir de sua ótica material, da efetiva igualdade entre todos.

A ideia de igualdade formal, como asseverado, tem seu avanço histórico calcado, num primeiro momento, nas modernas Declarações de Direito, que consagravam a ótica contratualista do Estado Liberal, diante dos excessos do regime absolutista. Em linhas gerais, o Estado Liberal caracterizou-se pela garantia dos direitos individuais (direitos políticos, públicos e de liberdade); ausência de previsão de direitos sociais nos textos constitucionais; pela não intervenção do Estado no domínio econômico; positividade do princípio da legalidade; separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário e a liberdade contratual.

Como bem acentua Flávia Piovesan, neste modelo de Estado, primou-se pela liberdade, com a supremacia dos direitos civis e políticos, em confronto com a ausência de qualquer direito social, econômico e cultural (PIOVESAN, 2001). O interessante neste aspecto de igualdade em um Estado liberal é que o princípio da isonomia perante a lei dar-se-ia em termos normativos estendidos a todos os cidadãos de maneira uniforme.

E, se se for analisar todas as Declarações de Direito que antecederam a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, (*Petition Rights* de 1628, *Bill of Rights* de 1688, a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776*, e, sobretudo, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*), todas elas caracterizavam-se por um cunho individualista.

Aliás, o individualismo do Estado Liberal foi tema abordado por Bobbio, segundo o qual, primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo e, depois, vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado. Assim, para Bobbio, em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos (BOBBIO, 1992).

Contudo, este mesmo Estado Liberal, de cunho individualista e abstencionista (ou seja, com uma não preocupação com a esfera social), acaba por provocar, mais adiante, uma forte acumulação de capitais e concentração de grandes riquezas.

A pobreza que assolava a Europa após a 1ª guerra mundial e a quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1929, foram fatores que levaram, dentre outros, a propiciar o surgimento de um novo ciclo social-democrático, na medida em que a neutralidade estatal mostrava-se na prática fomentadora de profundas desigualdades e impotente para a resolução de problemas de ordem social e econômica, com evidentes desdobramentos no campo político.

Este modelo de Estado, como já comentado no capítulo anterior, tem seu ponto de apoio nas constituições mexicanas de 1917 e de Weimar de 1919.

A primeira, traz em seu bojo, a ênfase nas questões sociais, com um programa de legislação social, a exemplo da proteção ampla a menores e mulheres e à maternidade; salário mínimo,

participação nos lucros, proteção do trabalho, ampla liberdade sindical, direito de greve, seguro social, etc. (Art. 123).

Já a segunda constituição apresentada também deu respaldo ao lado social, na qual foi exposto um extenso leque de direitos sociais como, por exemplo, a proteção da família e da maternidade, gratuidade de ensino, desenvolvimento econômico baseado em justiça social, garantia do direito de propriedade, reforma agrária, etc, e estes textos serviram de base para outros documentos constitucionais que sucederam aquela constituição, a exemplo a Constituição Espanhola de 1931 e a Brasileira de 1934.

A Constituição Mexicana de 1917, cronologicamente, foi prioritária em se ajustar ao final da Primeira Guerra, ao ambiente que dela estava a fluir. No entanto, por conter um caráter de essência nacionalista, não teve na cultura ocidental a influência que veio a ter a Constituição de Weimar de 1919.

Com o advento do Estado Social, o princípio da igualdade passa a ter um novo contorno, incorporando a igualdade material e seguindo no rumo da chamada discriminação positiva.

O que agora se objetivava com o Estado Social, por meio do intervencionismo estatal na ordem econômica e social, era a concretização de direitos sociais, denominados direitos de segunda geração, com a tutela fundamental voltada para a dignidade da pessoa humana.

Alexy (1999), ao tratar da fundamentabilidade dos direitos do homem, designação esta adotada pelo autor com base na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, define que, em primeiro lugar, deve haver interesses e carências os quais, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito. Em segundo lugar, esse interesse, ou essa carência, passa a caracterizar-se como um direito fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa a morte ou o sofrimento grave ou troca no núcleo essencial da autonomia, compreendendo-se aqui não só os direitos de defesa liberais clássicos, como também os direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial. Desta forma, o enunciado da igualdade perante a lei evolui, conforme Renata Malta Vilas-Bôas, “para o princípio da igualdade material, o qual decorre da necessidade de tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedoras da igualdade, em razão de circunstâncias específicas.” (VILAS-BÔAS, 2003). Fica claro, com isso, que a igualdade material é aquela que resulta em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida.

Como assinala Konrad Hesse, a igualdade jurídica formal pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito; ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas. Já a igualdade material não consiste em um tratamento igual sem a distinção de todos em todas as relações, senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual para fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual (HESSE, 1998). Silva (1989), com apoio em Charles Perelman, salienta que é porque existem desigualdades que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais; disto se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal ao incidir todos, igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos, e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça.

Pode-se concluir com essa ideia que a igualdade substancial, portanto, é a busca da igualdade de fato, da efetivação, da concretização dos postulados da igualdade perante a lei (igualdade formal).

Sendo assim, como frequentemente somos levados a crer, seria errado pensar que o princípio da igualdade formal estaria desconectado do princípio da igualdade material ou substancial.

E, para isso, importante aqui referir o pensamento do autor espanhol Alfonso Ruiz Miguel, quando faz sua pesquisa sob a ótica jurisprudencial adotada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, conforme incerto no art. 14 da atual Constituição Espanhola (1978)² e a igualdade substancial aludida no art. 9.2³ do mesmo texto constitucional.

Aquele autor considera que a igualdade ante a lei é a que se realiza no plano do Direito e dos direitos e deveres jurídicos; enquanto isso a igualdade substancial de caráter ideal mais difícil de realizar propõe modelos de maior igualdade no plano social, econômico e cultural.

O interessante é que o artigo da Constituição Espanhola possui redação muito semelhante às previsões contidas nos arts. 3º, IV e 5º, caput, de nossa Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, antes de adentrarmos na análise da ligação do princípio da dignidade humana com o princípio da igualdade inserido em nossa constituição atual, cabe frisar que, com sustentáculo no princípio da igualdade perante a lei, parte-se da premissa filosófico-liberal de que os homens nascem livres e iguais em direitos, sendo a lei aplicada de maneira uniforme para todos. Com o surgimento do Estado Social, a expansão dos direitos sociais fundamentais, direitos de segunda geração, na busca da concretização da igualdade material, com o binômio indivíduo *versus* Estado, cede-se caminho para encetar a integração da sociedade civil com esse mesmo Estado.

Nesta evolução histórica do Estado de Direito, se desenvolve um novo conceito não na tentativa de desconstruir os ideais dos Estados então firmados (Liberal e Social), mas, sim, fazer exsurgir o cunho democrático àquele cuja preocupação social e as garantias jurídico-legais são primadas.

O Estado Democrático de Direito, como já mencionado alhures, apoiado na visão de Bolzan de Moraes, “tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência.” (STRECK; MORAIS, 2004). Neste modelo, a igualdade deve ser aplicada não apenas em seu aspecto formal, mas como uma articulação de um sociedade justa, objetivando, também, dentre outros princípios concernentes a ele a busca da efetivação da justiça social para corrigir as desigualdades (STRECK; MORAIS, 2004). Ou seja, concluindo com a ideia deste autor, o Estado de Direito, quando assume o feitiço democrático “[...] tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do status quo.” (STRECK; MORAIS, 2004, p. 94). E, como já afirmado nesta pesquisa, no atual Estado Democrático de Direito, em nosso país, os direitos fundamentais básicos estão cada vez mais necessitados das prestações públicas por parte do Estado, por faltar as condições mínimas para a realização dos mesmos.

² Artículo 14. - *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

³ artigo 9 2. - *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.* da mesma constituição.

Por isso, interessante agora seria analisar, mesmo que rapidamente, a evolução histórica constitucional brasileira a respeito do princípio da isonomia, para que, somente assim, possamos vislumbrar como tal princípio é aplicado (ou não) atualmente.

Como se sabe, somente com a Constituição Brasileira de 1934 é que a questão da igualdade começa a destacar-se dos privilégios existentes até então próprios da nobreza, como, por exemplo, o do nascimento, dentre outros.

Referia aquela Constituição: “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” (art. 113, I).

Diferente da Constituição de 1824, que, apesar de reger em seu texto o princípio da igualdade, primava em sua substancialidade pela população branca, visto que a igualdade jurídica no ideário liberal do século XIX era plenamente compatível com a ideia de escravidão.

Na primeira constituição republicana brasileira, de 1891, foi introduzido, em nosso ordenamento, o princípio isonômico como vedação formal a privilégios individuais. Todavia, como bem menciona Fábio Konder Comparato, com a instauração do regime republicano, repetiu-se a prescrição de privilégios de nascença apenas formalmente, pois a artificiosa nobreza brasileira desconhecia a transmissão hereditária de seus títulos (COMPARATO, 1993). Sendo assim, a Constituição de 1934 destoou destas citadas, ampliando a ideia de isonomia constitucional, embora tenha se manifestado de maneira contrária com respeito à entrada de estrangeiros no país alegando a “garantia da integração étnica” (Art. 121, § 6º), bem como incumbiu à União, aos Estados e aos Municípios a estimulação à educação eugênica (art. 138, alínea b).

As constituições brasileiras posteriores (1937 e 1946) optaram por restringir a igualdade em seu dispositivo, nos dizeres: “Todos são iguais perante a lei.” Já a de 1967, em seu art. 150, § 1º, ampliou seu texto de maneira que abrangesse as diversas formas de discriminação, incluindo a punição para o preconceito de raça. Senão vejamos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.” Neste momento, nascia um dispositivo constitucional brasileiro a prever a punição para o preconceito de raça, embora, saibamos muito pouco utilizado até a atualidade.

Em se tratando do legislador constituinte de 1988 o mesmo não se limitou a estabelecer a isonomia, a proibir e estabelecer punição para certos discrimenes (v.g., a punição para qualquer forma de discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais, art. 5º XLI; e a criminalização da prática do racismo, art. 5º, XLII).

Mais do que isso, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV) e, como núcleo básico dos Direitos e Garantias Fundamentais, previsto no Título II, a igualdade perante a lei sem distinções (art. 5º, caput).

Quando encontramos, em nossa Constituição, a matéria atinente à igualdade, nos deparamos com a realidade de que a Carta Magna de 1988 constituiu-se em um verdadeiro divisor de águas. A começar pelo princípio da igualdade formal contido no caput do art. 5º, que dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”

Tal determinação impõe ao intérprete o reconhecimento deste privilégio atribuído à isonomia.

Da mesma forma, e ao mesmo tempo, a consubstanciação material da igualdade no texto constitucional de 1988 garantiu a inclusão de direitos e garantias direcionados aos menos favorecidos, ainda que sua eficácia esteja, em grande parte, restringida às denominadas (por muitos) normas programáticas.

Entretanto, cumpre mencionar que, segundo Canotilho (1998), atualmente, o valor das normas constitucionais programáticas é idêntico aos demais preceitos da Constituição, não se devendo, pois, falar de simples eficácia programática (ou diretiva), porque qualquer norma inserida na Constituição deve ser considerada obrigatória perante quaisquer órgãos do poder público.

Vê-se, portanto, que nossa Carta maior trouxe-nos os sentidos de igualdade e justiça claramente dispostos já em seu preâmbulo, corroborando a ideia de valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Contudo, não vemos somente no preâmbulo tais aspectos igualitários, mas, também, a título exemplificativo, em diversas outras passagens da Carta Política.⁴

Fica claro, então, que, o legislador, formalmente, não olvidou o aspecto da igualdade perante todos os indivíduos em nossa Constituição.

Por isso, surge uma questão importante: a materialidade deste princípio constitucional está sendo atendida? O princípio constitucional da igualdade através da essência do Estado Democrático de Direito, ou seja, a “transformação do status quo”, está sendo alcançado/efetivado em nosso Estado-Nação?

Tem-se como certo, no momento atual, que a concepção dos princípios jurídicos não pode desvincular-se de uma referência à Constituição. Porque a Constituição, por ser norma jurídica suprema da organização jurídica de uma nação, não só encerra os princípios gerais do ordenamento e reflete a vida jurídica, mas, também, é síntese das aspirações de um povo, sendo evidente que de alguma maneira consagre os princípios básicos de sua organização.

Por isso que, acompanhando a ideia de Marcelo Campos Galuppo,

[...] a Constituição desempenha um papel especial quanto aos princípios no Estado Democrático de Direito. Apesar de não poder ser concebida como único repositório desses princípios, é tarefa dela, por excelência, indicar e preservar aqueles princípios reputados mais importantes pelos cidadãos por intermédio do representante constituinte sensível à sociedade. A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque todos eles são igualmente valiosos para a auto identificação de uma sociedade pluralista. (GALUPPO, 2002, p. 198).

Ou seja, com o pensamento deste autor fica claro que não podemos preterir um princípio jurídico em benefício de outro, e que na positiva evolução histórica dos direitos humanos funda-

⁴ Temos então: a proibição de distinção em razão de origem, raça, sexo, cor, idade, credo e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), como já mencionado anteriormente; a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, I), a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX); a não-distinção entre brasileiros natos e naturalizados (art. 12, § 2º); o combate às causas da pobreza e aos fatores de marginalização, com a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X); o acesso a cargos, empregos e funções públicas às pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII); a universalidade da seguridade social (art. 194, § 1º, I); a saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196); e, a igualdade de condições no ensino (art. 206, I).

mentais, como já comentado anteriormente, no paradigma liberal, o homem viu pela primeira vez reconhecidos seus direitos individuais, com o princípio da igualdade estipulado de maneira formal, existindo uma ideia, digamos, mais forte ao princípio da liberdade. Em seguida, no paradigma social, a igualdade passou a se sustentar na garantia dos direitos econômicos, sociais, coletivos e difusos e, portanto, neste momento, a igualdade abdica de seu aspecto meramente formalista. Já com o constitucionalismo contemporâneo, atinente à influência de um Estado Democrático de Direito, paradigma no qual nos inserimos, é premente o reconhecimento do direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais sejam elas oriundas de quaisquer Poderes constituídos.

Sendo assim, o direito de participar de decisões políticas, sejam elas de cunho legislativo ou administrativo/judicial alterou qualitativamente a noção de igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A igualdade do período contemporâneo deve ser entendida como uma igualdade inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade.

E, nesta linha de pensamento, acompanha-se novamente o discurso de Galuppo para quem

Nesse sentido, só garantindo a igualdade é que a sociedade pluralista pode se compreender também como uma sociedade democrática. Consequentemente, só permitindo a inclusão de projetos de vida diversos em uma sociedade pluralista é que ela pode se autocompreender como uma sociedade democrática [...], mesmo que tais projetos alternativos requeiram, em algumas situações, uma aplicação aritmeticamente desigual do direito, ou seja, justificadas pela produção de mecanismos de inclusão, como no caso das políticas de ação afirmativa. (GALUPPO, 2002, p. 210).

Sendo assim, a preocupação atual volta-se para o respeito aos direitos humanos em função das particularidades individuais e coletivas dos diferentes grupamentos humanos que se distinguem por fatores tais como a origem, o sexo, a opção sexual, a raça, etc, o que torna necessária, ainda nesta pesquisa (Capítulo 2), a discussão quanto à discriminação legítima e ilegítima, ou seja, a demonstração da essencialidade da discriminação de alguns membros excluídos da sociedade como elemento indissociável da democracia, para que possa se alcançar, na plenitude, a igualdade.

O pluralismo eleva-se à condição de princípio indissociável da ideia de dignidade humana, exigindo do Estado e da sociedade a proteção de todos aqueles que são considerados “diferentes”, sendo o papel do Direito ser o instrumento de transformação social para o resgate de direitos ainda hoje não realizados, cabendo, inevitavelmente, estabelecer-se o caminho da reconstrução dos direitos fundamentais estabelecidos pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Destarte, para se pensar em cidadania no nosso País, torna-se necessário o reconhecimento da igualdade jurídico-formal que resulte em igualdade material, de forma que, buscar a cidadania é manifestar ou desentificar o “Ser” da Constituição; é cumprir a Constituição e o real sentido material da igualdade jurídico-formal, corolário da dignidade da pessoa humana, princípio este que se passará a abordar a partir de agora.

1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FULCRO JURÍDICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.

A questão pertinente à integração social das minorias inicia-se com a conscientização da sociedade sobre o problema. A partir daí, o corpo legislativo que representa essa sociedade passa a criar o suporte legislativo necessário para a satisfação dos anseios demonstrados.

Na representação histórica da preocupação do povo brasileiro em relação a esse assunto, observada em nossos textos constitucionais, vemos que, até a edição da Emenda 1 à Constituição de 1967, não havia qualquer dispositivo sobre o assunto, e foi no texto da Emenda 12, de 1978, que essa proteção se consagrou como integrante da relação de matérias que devem ser elevadas à categoria constitucional. Longe, porém, de dar solução aos problemas que a geraram, a criação de normas constitucionais de proteção às minorias marginalizadas não encerra a saga que se inicia na percepção do problema.

A distância existente entre a criação da norma e a produção do resultado pretendido é, em parte das vezes, grande o suficiente para enfraquecer o objetivo inicialmente estabelecido, desanimando os idealizadores e destinatários da norma. Esse problema se repete na Constituição de 1988, que, apesar de especificar quais os ideais almejados em relação à proteção das minorias desprovidas, perde a sua eficácia, na medida em que precisa para isso de normas de integração e, além delas, da conscientização dos Poderes Públicos e da própria sociedade na aplicação dessas normas.

Se formos analisar o quadro, o contexto é desanimador. A civilização atual está sendo ameaçada por uma sucessão de crimes que envolvem desde aspectos aparentemente sólidos do equilíbrio entre as superpotências, como seu sistema de segurança, economia, saúde, liberdade, respeito aos direitos humanos etc., como também por questões pré-históricas, como conflitos religiosos, guerras tribais, epidemias devastadoras, miséria e fome. O pano de fundo do cenário mundial nos amedronta e, conseqüentemente, toma o espaço daquelas que deveriam ser as maiores preocupações.

É difícil para o homem comum pensar em integração social, quando as manchetes dos jornais o remetem para a ocorrente crise econômica mundial, para os conflitos religiosos que diuturnamente matam mais e mais pessoas em atentados terroristas, para a miséria que caminha a passos largos pelo planeta, e para a eventualidade de guerras nucleares, etc.

A preocupação com as questões surge na exata proporção da sua necessidade e, pelo menos agora, a integração social dos grupos minoritários perde espaço diante de problemas de maior gravidade. Não nos parece procedente a aceitação desse fato. As questões que hoje horrorizam a humanidade com os seus reflexos são questões originadas pela segregação: segregação financeira, segregação cultural, segregação religiosa, segregação técnica, enfim, pela forma com o homem moderno pretendeu separar ricos e pobres, saudáveis e doentes, desenvolvidos e não desenvolvidos, cristãos, judeus e muçulmanos.

Sendo assim, não se pode deixar de lado a necessidade de partir-se da ideia de algumas considerações a respeito da Dignidade da Pessoa Humana, falando sobre o direito à integração das minorias que é decorrente deste princípio fundamental e recorrente ao princípio constitucional da igualdade como arma de efetivação.

O homem é o senhor destinatário de todos os experimentos jurídicos e, sendo assim, Direito e justiça existem e foram criados por aquele e para aquele, e a ideia de generalização da

espécie humana, apesar de não ter sido uma constante na história da humanidade, é hoje uma realidade que deve ser buscada por todos os Estados que se posicionam como Estados Democráticos de Direito. Se for assim, a dignidade da pessoa humana é nesse Estado Democrático valor fundamental a ser respeitado.

A ideia de dignidade do homem é um daqueles pensamentos que, herdados dos movimentos religiosos cristãos sobre a fraternidade e a igualdade, dissociaram-se de suas origens para consagrar uma ideia independente.⁵

Neste aspecto, cabe frisar o profícuo entendimento de Sarlet a respeito da evolução histórica da noção de dignidade da pessoa humana, pois o mesmo nos traz que:

[...] cumpre ressaltar, de início, que a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão. Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros a este aspecto, reivindicar - no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos - para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo como no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência - lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela "Santa Inquisição") - de que ser humano - e não apenas cristãos- é ditado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.⁶

A qualificação anteriormente apresentada pelo termo, que em uma evolução histórica acrescenta direitos humanos aos que não o tinham, deixa de ter importância quando a dignidade passa a ser encarada como uma qualidade essencial à vida humana.

Não há vida sem dignidade, e assim os dois preceitos encontram-se em situação de igualdade como princípios de direito.

Vida e dignidade são valores essencialmente independentes e necessariamente correlatos, num paradoxo necessário para a manutenção do seu conteúdo, e do mais alto grau de importância como determinantes da positividade jurídica.

No decorrer da história, houve significativas evoluções do conceito de dignidade da pessoa humana, e podemos apontar novamente o apanhado efetuado por Sarlet, quando o mesmo comenta a preciosa contribuição de Francisco de Vitória, no século XVI:

[...] sustentou, relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos habitantes dos índios e baseado no pensamento estoico e cristão, que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana - e não pelo fato de serem cristãos, católicos ou protestantes - eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direito, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola. (SARLET, 2006).

⁵ Não seria o objetivo primeiro deste trabalho analisar de modo mais profundo a dignidade da pessoa humana, mas, sim, a relação que o princípio da igualdade possui com aquela.

⁶ E o autor continua referindo-se ao pensamento da dignidade no decorrer da história atentando para o pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, mencionando que nessa época " [...] verifica-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas e menos dignas". (SARLET, 2006, p. 29-30).

E, ainda nesta evolução histórica do sentido de dignidade da pessoa humana, um dos aspectos mais importantes, e que nos chama a atenção, é o apontado por Sarlet, a respeito das ideias sobre dignidade da pessoa humana com caráter antropocêntrico de Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado - nem por ele próprio - como objeto. É com Kant que, de certo modo, se complementa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais (SARLET, 2006). Neste aspecto, caberia mencionar que houve, sem dúvida uma evolução latente, entre os primeiros pensamentos cristãos e a conclusão de Kant.

Todavia, a dignidade da pessoa humana vai muito mais além do que esta ideia antropocêntrica apoiada puramente na concepção da natureza racional do ser humano.

E isso pode-se ver ainda nos dizeres de Sarlet (2006, p. 32), quando o mesmo arremata: “É justamente no pensamento de Kant, que a doutrina jurídica mais expressiva -nacional e alienígena - ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação de dignidade da pessoa humana”.

E o autor complementa:

Até que ponto, contudo, tal concepção efetivamente poderá ser dotada sem reservas ou ajustes na atual quadra da evolução social, econômica e jurídica, [...] tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana, encontram-se sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos [...] sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indica que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade. (SARLET, 2006, p. 34-35).

Os movimentos de proteção à vida e à dignidade acompanharam os movimentos sociais e as primeiras colocações sobre o exercício da democracia, época em que passa a existir uma maior conscientização sobre a existência dos direitos naturais.

Já no início do século XIII, as preocupações com os direitos inerentes ao homem redundaram em um conjunto de preceitos a serem respeitados pelos titulares do poder, a Magna Carta.⁷ Posteriormente, as profundas questões políticas, reveladas com os ideais revolucionários na França, foram determinantes para as indagações referentes à legitimidade do exercício do poder, e em uma linha retrocessiva, àquele que é senhor do poder, o qual seria o homem.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresenta os princípios que passariam a ser referência para a elaboração de todas as normas protetivas subsequentes, quer de caráter nacional quer de caráter universal, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁸

⁷ Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra no ano de 1215.

⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10.12.1948.

Porém a especificação da proteção à vida digna do homem surgiu com a determinação da intangibilidade da dignidade do homem trazida pela Lei Fundamental de Bonn.⁹

Em muitos textos constitucionais modernos (BRASIL, 2006) temos a expressão positiva dessa garantia. A tendência mundial de procurar o equilíbrio entre a autoridade e a liberdade traduz a receptividade das normas que consagram esses direitos.

Como exemplo disso tem-se a constituição italiana de 1947, que estabeleceu, como princípio fundamental, que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social perante a lei. Nesse mesmo sentido, e também como direito fundamental, a Constituição de Portugal, de 1976, estabelece que Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Também a Constituição espanhola informa proteger a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros, que são fundamentos da ordem política e da paz social.

Importante ressaltar que em diversos países que em algum momento de sua história foram controlados por governos autoritários aproveitaram a oportunidade conferida pelo desprestígio dos governos totalitários e inseriram em seus textos constitucionais a proteção à dignidade da pessoa humana, como foi o caso das Constituições croata de 1990 (art. 25), tcheca de 1992 e a russa de 1993 (art. 2º) (BRASIL, 2006).

Sendo assim, pode-se afirmar, sobre esses preceitos, a perspectiva do respeito cada vez maior pela sobrevivência do indivíduo formalmente estabelecida; mas isso formalmente, pois é notório que, ainda, em muitos países, a condição de miséria e desrespeito por raça, credo e condição física está longe de ser concretizada substancialmente.

O certo é que a existência digna do ser humano pressupõe o trabalho do Estado para assegurar a possibilidade de se usufruir das conquistas modernas, e ainda garantir o acesso a esses recursos caso o homem, ou certos grupos, não os tenha.

O paradoxo positivo seria que o Estado efetua e assegura a proteção da dignidade, por um lado, de maneira negativa, quando atua no sentido de afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a autoridade e, por outro, pela afirmativa de interferência daquele com o objetivo de dar respaldo à existência desses direitos fundamentais sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade.

Sob a ótica de Barros (2003. p. 418), “a dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana.”

Deveras, diante de qualquer caso concreto que bata às portas do Poder Judiciário, a interpretação que mais atende aos anseios de justiça é a que melhor realiza a dignidade do ser humano.

Do princípio da dignidade são irradiados os demais princípios também acolhidos em sede constitucional. Nesse sentido, estão especialmente relacionados à matéria em comento os princípios da igualdade e liberdade.

⁹ Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, art. 1.1: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes Públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”.

Em *terra brasiliis*, a Carta Maior, buscando mostrar de plano o aspecto formal em seus dispositivos constitucionais, e seu propósito democrático, mantém em seu texto a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, estabelecendo a idéia no art. 1º.¹⁰

Aliás, mencionando de maneira mais clara e completa, na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais, ao lado de outras normas principiológicas, a saber: princípio republicano, princípio do Estado Democrático de Direito, princípio federativo, princípio da separação de poderes (arts. 1º e 2º), objetivos fundamentais da República (art. 3º), e os princípios que orientam as relações internacionais (art. 4º).

E como prova de que tal princípio imanta toda a carta constitucional, temos também a tradução do mesmo no título VII da Carta Magna brasileira, quando o art. 170, *caput*, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Discorrendo sobre este aspecto, sustenta Tavares (2003) que se trata, sem dúvida, no art. 170, do mesmo princípio constante do art. 1º, aplicado (especificado) no âmbito econômico, já que a dignidade da pessoa humana ou a existência digna tem, por óbvio, implicações econômicas. Segundo ele, verifica-se que a liberdade caminha com a dignidade, mas o significado mais forte desta está na privação de ofensas e humilhações. No campo econômico, pois, impõe-se que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência.

É certo afirmar que o poder constituinte deixou claro ao formular os dispositivos constitucionais da Carta política brasileira que os princípios fundamentais seriam os responsáveis por um embasamento e asseguramento de toda ordem constitucional, incluindo, nesta responsabilidade, a garantia dos direitos fundamentais, buscando assim salvaguardar a base formal e material da Constituição. Diga-se de passagem que, de certa forma, o Brasil, proprietário de tais dispositivos constitucionais, faz parte dos países do mundo que buscaram exercer e fundar tais princípios, não ficando nosso Estado-Nação, obsoleto neste aspecto.

Aliás, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento dos princípios como normas basilares de todo o sistema jurídico, afastando-se a concepção de programaticidade, que justificava a neutralização da eficácia dos valores e fins norteadores dos sistemas constitucionais.

Neste sentido, oportuna é a lição de Piovesan (2000), ao destacar a essencialidade deste princípio, quando salienta que a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Para Sarlet (2006) ficou claro que ao ser afirmado pelo Constituinte de 1988 que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos de nosso Estado Democrático (e social) de Direito,

¹⁰ Aliás, importante referir o apontado por Sarlet sobre a inserção deste princípio em nossa Constituição; “A nossa Constituição vigente, inclusive (embora não exclusivamente) como manifesta a reação ao período autoritário precedente - no que acabou trilhando caminho similar ao percorrido, entre outras ordens constitucionais, pela Lei Fundamental da Alemanha e, posteriormente, pelas constituições de Portugal e da Espanha - foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais.”. (SARLET, 2006, p. 610).

foi transferida para o Estado a ideia de que este “[...] existe em função da pessoa humana, e não ao contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”. De modo que o mínimo existencial vai deitar as suas raízes não só na dignidade humana, mas também, ponderadamente, nos princípios da cidadania, soberania, trabalho, etc.

Pois bem. A proclamação do valor distinto da pessoa humana teve como consequência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem.

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, “a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática aos sistemas dos direitos fundamentais.

Na esteira do magistério de Martinez (2003), pode-se dizer que a importância do princípio da dignidade da pessoa humana é decisiva para o direito, pois, em todos os ramos jurídicos, podem ser encontradas razões parciais que justificam este relevo normativo. Tratando-se de uma resposta tanto ao movimento jusnaturalista, quanto às construções positivistas que debilitaram as referências morais do fenômeno jurídico, a luta pela dignidade humana expressa a própria afirmação dos direitos fundamentais do cidadão.

Da dignidade da pessoa humana exurgem assim os direitos fundamentais, tanto os direitos da liberdade quanto os da justiça.

Como expôs Ricardo Lobo Torres, “A natureza de princípio fundamental faz com que a dignidade humana se irradie para toda a Constituição e imante todo o ordenamento jurídico.” (TORRES, 2003, p. 14). Sarlet (2006, p. 84-85), no mesmo sentido, já afirmou que “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental [...] exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos)”. Portanto, deve-se atentar a uma maneira que se interprete a pessoa e o meio em que ela vive, nesta perspectiva, como sendo o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza. É, igualmente, raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito.

Isso nos faz remontar a ideia do jurista português, Jorge Miranda, para quem, “[...] o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade”. (MIRANDA, 1988). Sendo assim, pelo caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, parte-se do exame do homem em sua relação com os demais, ao contrário da análise em função do homem singular encerrado em sua esfera individual. Essa colocação passa a ter a importância no momento em que forem discutidas as questões referentes aos conflitos de direitos fundamentais de dois ou mais indivíduos.

De qualquer sorte, a dignidade há de permanecer resguardada qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre constituindo em consequência no mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Poder-se-ia até mesmo afirmar que a dignidade da pessoa humana possui dois aspectos estruturais contrastantes, porém interdependentes: um negativo, significando a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável, e o outro positivo, que se exaure com a ampla possibilidade de desenvolvimento e autodeterminação.

Não há entre os autores unanimidade reconhecida sobre o sentido da dignidade, mas o reconhecimento desse direito como próprio da condição humana.

Sarlet, em outra obra a respeito da dignidade da pessoa humana, menciona essa dificuldade de compreensão em passagem de seu texto;

Consoante já anunciado, não há como negar - a despeito da evolução ocorrida - especialmente no âmbito da Filosofia - que uma conceituação clara do que efetivamente é dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida.¹¹

Existe então, como mencionado anteriormente, o reconhecimento de que este princípio próprio da condição humana existe, e sem a necessidade de uma análise subjetiva de ambiente, época, valores, condições, fazendo com que, independentemente das diferentes conceituações ou proposições, possamos perceber que a dignidade é inseparável do homem, e dela decorrem todos os outros direitos.

Mais do que isso, uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançada pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio. Logo, os preceitos referentes à dignidade da pessoa humana não podem ser pensados apenas do ponto de vista individual, enquanto posições jurídicas dos cidadãos diante do Estado, mas também devem ser vislumbrados numa perspectiva comunitária, como valores e fins superiores da ordem jurídica que reclamam a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais.

Como já mencionado anteriormente, a igualdade entre os homens surge então como um corolário do direito à dignidade, obrigando os Poderes Públicos à elaboração de normas e também de sua aplicação.

A discussão sobre o tratamento isonômico dado aos grupos desfavorecidos da população situa-se nessa relação dignidade/igualdade. A pessoa portadora de deficiência, por exemplo, tem, por sua própria condição, direito à igualdade com os demais membros da sociedade através da desigualação (ou quebra) do princípio da igualdade em favor daquela. O afrodescendente, por sua vez, tem o direito à sua diferença por diversos aspectos definidores da sua desigualação, como, por exemplo, a promoção da diversidade, a natureza compensatória, a criação de modelos positivos, etc, argumentos estes que abordaremos com mais afinco no próximo capítulo.

Temos assim que a proteção à dignidade da pessoa humana se viabiliza também (e inclusive) pelo tratamento isonômico a ser dado a todos os homens pelo ordenamento jurídico do Estado e, finalmente, pela ruptura desse padrão quando essa for a única forma de garantir a igualdade e a dignidade humana.

Assim, a preservação do direito à igualdade é o que está implícito no direito à integração das minorias discriminadas.

Não estaria errado se se dissesse que a igualdade funciona como regra imediata e superior de todo o direito de inclusão social, pois estará sempre presente na própria aplicação do direito.

¹¹ E continua o autor, mencionando que “Tal dificuldade consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua “ambigüidade e porosidade” assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à noção de dignidade da pessoa humana”. (SARLET, 2005, p. 16).

Mas temos que ter presente que esta deita suas raízes no princípio da dignidade da pessoa humana, base fundamental de todos os direitos humanos.

O texto constitucional de 1988 positivou a matéria. A dignidade da pessoa humana, fundamento maior do princípio da igualdade, bem como fundamento superior de um Estado Democrático (e social) de Direito, só será admitida como realidade com a efetiva inclusão social das minorias marginalizadas. Para tanto é necessário o repúdio por parte do Estado que deverá ter, como menciona Sarlet, “[...] além do dever e respeito de proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade” (SARLET, 2006, p. 111). E o autor complementa;

Para além dessa vinculação (na dimensão positiva ou negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares. (SARLET, 2006, p. 111).

Sendo assim, acredita-se que, buscando uma eficaz aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, através de seu consectário, o princípio constitucional da igualdade, será necessário o repúdio às práticas que exponham o homem, que o coloquem em posição de desigualdade perante os demais, que esqueçam que em seu passado a sua dignidade foi vilipendiada, que o desconsiderem como pessoa, ou o privem dos meios necessários à sua manutenção. E as ações afirmativas podem ser consideradas como os principais instrumentos para a efetivação desta política digna, igualitária e solidária.

1.4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE COMO FULCRO IMEDIATO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS, PORTANTO, CONCRETIZADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL

Após a análise dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em seu aspecto formal e material, cabe ressaltar, ainda que superficialmente, a relação imediata entre o princípio constitucional da igualdade e as Ações Afirmativas.

A isonomia constitucional também abarca desigualdades como mencionado anteriormente, a fim de promover o bem de todos. Vale dizer, o princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento, vedando apenas aquelas diferenciações arbitrárias.

O ordenamento jurídico, por si só, acaba por estabelecer distinções. A atual Constituição, por exemplo, estabelece cento e vinte dias de licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário (Art.7º, XVIII); distingue brasileiros natos e naturalizados para o preenchimento de certos cargos(Art. 12, §3º); determina exclusividade no exercício de funções de confiança ao servidor ocupante de cargo efetivo na Administração Pública (art. 37, V); dispensa tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (art. 170, IX); garante aos idosos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (art. 230, §2º), etc.

Dessa maneira, se, por um lado, o constituinte de 1988 repudiou qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), por outro, resolveu estatuir desigualdades, em nome da igualdade real,

impondo, contudo, limites expressos: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI).

Vê-se, portanto, que a igualdade traz em seu bojo um conceito relativo e relacional. Relativo, pois não pode ser compreendido num sentido absoluto; isto é, a máxima “todos são iguais perante a lei” passa a ser entendida como a composição de duas formas distintas, a saber: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente, na medida exata de sua diferença. Relacional, porque busca um elemento de comparação com o qual se visa equiparar situações em que se encontram os respectivos sujeitos passivos ou para estabelecer diferenças.

Nesse ponto, importante referir o ensinamento de Fagundes, para quem “a igualdade e a desigualdade impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que, onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório” (FAGUNDES, 1955).

Como apoio, seria interessante trazer neste momento exemplo da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, através do jurista Martim de Albuquerque, que sustenta que essa ideia de parificação não absoluta do princípio da igualdade expressa-se pelo recurso a fórmulas diversas, todavia próximas e complementares entre si: tratamento igual para aquilo que é essencialmente igual, e desigual para aquilo que é essencialmente desigual; regulação igual para o que for substancialmente igual; normas comuns a todas as situações que objetivamente não requeiram ou não consintam regras diferentes, e vice-versa; tratamento semelhante aos que se acham em condições semelhantes (ALBUQUERQUE, 1993). Poder-se-ia concluir com esses dizeres que igualdade é tanto não discriminar, como discriminar em busca de uma maior igualização (discriminar positivamente).¹² Na visão de Silva Junior, igualdade e discriminação correlacionam-se de forma distinta na Lei Maior, havendo dois conteúdos da isonomia. Um conteúdo negativo, uma obrigação negativa, o não-discriminar; e o conteúdo positivo, uma obrigação positiva, traduzida na promoção da igualdade, uma vez que

[...] o sistema constitucional brasileiro correlaciona igualdade e discriminação em duas fórmulas distintas, complementares e enlaçadas em concordância prática: veda a discriminação naquelas circunstâncias em que sua ocorrência produziria desigualação e, de outro lado, prescreve discriminação como forma de compensar desigualdade de oportunidades, ou seja, quando tal procedimento se faz necessário para a promoção da igualdade. (SILVA JUNIOR, 2002, p. 113).

Nessa mesma esteira de pensamento, Piovesan (2000) defende que na óptica contemporânea o combate à discriminação torna-se insuficiente se não se verificam medidas voltadas para a promoção da igualdade.

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo.

Nesse contexto, o Estado deixaria de dirigir suas políticas governamentais a todos indistintamente e passaria a considerar fatores como raça, cor, sexo e etnia nas suas decisões políticas com o fim de evitar que a discriminação continue alimentando as iniquidades. Surgem, então, como instrumento de promoção da igualdade, políticas públicas que dispensam tratamento desigual às pessoas com o objetivo de corrigir as desigualdades pré-existentes, através da imple-

¹² Vamos analisar tal tópico no início do próximo capítulo desta pesquisa.

mentação de planos governamentais e privados que garantem, nas entidades públicas e privadas, percentuais de oportunidades, de educação, de empregos e de espaços sociais, políticos e econômicos para as minorias sociais.

A essas políticas deu-se o nome de Ações Afirmativas: mecanismos de inclusão das minorias que combatem a discriminação atual e os efeitos presentes de discriminações passadas.

Cabem aqui dois esclarecimentos. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que ação afirmativa não significa política de cotas. Esta é apenas uma das formas de implementação das ações afirmativas. No Brasil, especialmente, a falta de informação conduz constantemente a essa confusão e os próprios projetos de lei e as leis incorrem neste erro (GOMES, 2006). Em segundo lugar, é importante frisar que o termo “minorias” deve ser entendido no sentido qualitativo e não quantitativo, significa a qualificação jurídica dos grupos que têm menor representatividade social, a quem são garantidos efetivamente um número menor de direitos.

Na verdade, minoria no direito democraticamente concebido [...] teria que representar o número menor de pessoas[...] Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social[...] Em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o número menor de pessoas[...] Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira. (SILVA, 2006a).

Vale dizer, para garantir e assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais, completa Flávia Piovesan, as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e a inclusão desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais (SILVA, 2006a).

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, já dispunha sobre o princípio da não discriminação, ao determinar que:

Artigo 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Todavia, vários documentos internacionais referentes aos direitos humanos que sucederam este documento, a partir da década de cinquenta, desvelam que as regras estabelecidas no ocidente para o combate à discriminação foram insuficientes para resguardar todos os membros da coletividade, quer no seu aspecto social, econômico ou político, levando a comunidade internacional a adotar regras exclusivas e preferenciais para determinados grupos (DIREITOS..., 2006).¹³

¹³ Têm-se como exemplos a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos de 1950 (art. 14); a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 (art. 1º); a Convenção relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino de 1960 (art. 1º); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial de 1965 (arts. 1º, 2º, 3º e 4º); a Declaração da Discriminação à Mulher de 1967 (art. 2º); a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental de 1971 (art. 1º); a Declaração Sobre a eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base na Religião ou na Crença de 1981 (arts. 1º, 2º e 3º); A Carta Africana dos Direitos

Sendo assim, observa-se, que a tutela das minorias não está compreendida apenas na proibição de tratamento discriminatório.

O princípio da solidariedade social e a necessidade de proteção dos mais vulneráveis proíbem, sem dúvida alguma, qualquer forma de discriminação injustificada, preconceito ou intolerância. Todavia, do que à primeira vista possa parecer, a tutela das minorias é, ou deve ser, muito mais abrangente do que isto.

O princípio da não-discriminação, como visto, embora seja matéria consagrada em vários instrumentos no direito internacional de proteção dos direitos humanos, não atende, por si só, a todos os reclamos das minorias.

Assim, não basta que as discriminações sejam combatidas. O princípio da igualdade não se restringe a vedar discrimenes; é preciso mais.

É necessário efetivar o mandamento constitucional, tornando possível não só ao cidadão comum realizar os preceitos jurídico-formais já estabelecidos, como ainda pôr em prática o que a Constituição taxou como substancialmente igualitário, ou seja, todos os direitos ditos fundamentais, os quais seriam os direitos humanos fundamentais sociais que, assim como são uma forma de manifestação em relação aos demais direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, temos que as ações afirmativas, políticas públicas de inclusão social, são instrumentos essenciais para alcançar a efetividade de todos estes direitos àqueles grupos considerados à margem da sociedade.

E, neste ponto, é importante referir que o Supremo Tribunal Federal, há muito, já se manifestou, como bem já nos mostrou Roger Raupp Rios, quando o mesmo nos traz em seu apinhado jurisprudencial a posição da Pretório Excelso.

Numa delas, o tribunal, incidentalmente, pelo voto de dois Ministros, manifestou-se pela compatibilidade das ações afirmativas no direito constitucional brasileiro. Na outra, houve o exame direto e explícito da questão, ainda que tal hipótese não tenha ensejado maior polêmica ou despertado mais atenção. Nas duas, ainda que de modo sucinto, o tribunal enfrentou a relação entre a igualdade de direito e a exigência da promoção da igualdade de fato. (RIOS, 2005, p. 297).

Entende-se que a corte constitucional nacional foi acertada em encarar de uma maneira mais efetiva a existência de políticas públicas que busquem dar eficácia ao princípio constitucional da igualdade, entendendo que este, como já foi dito, refere-se em sua essência, à igualdade dos iguais e à desigualdade dos desiguais.

Essa concretude de direitos passa pela efetivação dos direitos fundamentais de todas as gerações e com a aceitação de que a implementação de Ações Afirmativas - as quais passa-se a tratar de maneira mais abrangente a partir de agora, no capítulo que segue -, irão além das barreiras às condutas antidiscriminatórias em desfavor de grupamentos humanos discriminados, mas, sim, alcançarão a plenitude dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Humanos e dos Povos de 1981 (arts. 2º, 3º e 19); a Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas de 1992 (art. 4º).

CAPÍTULO II

A (in)efetividade dos direitos fundamentais; as ações afirmativas como instrumentos de inclusão social e conseqüências da efetivação do princípio constitucional da igualdade

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não estaria errado se se dissesse que a igualdade funciona como regra mestra e superior de todo o direito de inclusão social, pois estará sempre presente na própria aplicação do direito, nem que para isso seja necessário agir desigualmente com certos grupos para que estes alcancem igualdade de condições.

O princípio constitucional da igualdade (substancial) seria a base de sustentação, a viga mestra para um instrumento de políticas públicas contra as desigualdades sociais, as ações afirmativas.

As ações afirmativas devidamente aplicadas são mais do que simples mecanismos ou instrumentos para concretização do princípio constitucional da igualdade. Seriam a efetivação da essência daquele mandamento constitucional, há muito esquecido, principalmente na concretização de políticas públicas de inclusão social.

Esse “despertar” da Constituição, essa concretude do atendimento do preceito de dignidade da pessoa humana através da efetivação do princípio da igualdade material passa, sem dúvida, pelas ações afirmativas que vão além das barreiras às condutas antidiscriminatórias em desfavor de grupamentos humanos discriminados.

Para isso, será interessante trazer à discussão algumas noções sobre preconceito, estereótipo e sobre a própria ideia de discriminação, seja ela legítima ou ilegítima, para que só assim possamos vislumbrar a possibilidade de discriminar sem ofender a dignidade humana.

Aliás, é preciso demonstrar a essencialidade da discriminação dos “diferentes” como elemento indissociável da democracia, para que fique claro que, mais do que lícitas, algumas discriminações são legítimas e justificáveis seja nos juízos de universalização das normas ou na adequabilidade delas aos casos concretos.

Sendo assim, cabe agora aprofundar a matéria deste mecanismo de inclusão social abordando: seu conceito, elementos, evolução, destinatários, natureza, experiências em outros países e em nossa nação, enfim, quais as constatações alcançadas sobre a aplicação (ou não) de forma (in)eficaz das ações afirmativas na realidade brasileira.

2.2 ASPECTOS GERAIS DE ESTEREÓTIPO, PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

Antes de entrar-se na análise do conceito de ações afirmativas, necessário se faz atentar para outras definições, e para isso iniciaremos o tema com as diferenças entre os conceitos de discriminação, preconceito e estereótipo.

Poder-se-ia comparar o termo “estereótipo” ao de um simples “carimbo”. Uma vez “carimbados” os membros de determinado grupo, como possuidores deste ou daquele atributo, as pessoas deixam de avaliar os membros desses grupos pelas suas reais qualidades e passam a julgá-los pelo “carimbo”. Exemplo disso temos os jargões populares: “todo o judeu é sovina”; todo o português é burro”; “todo o negro é ladrão”.

Há uma ligação muito forte entre estereótipos e “preconceito”, pois este nada mais é do que uma indisposição, um julgamento prévio, negativo, que se faz sobre pessoas estigmatizadas por estereótipos. O preconceito gera opinião negativa, antes de serem obtidos elementos para um julgamento imparcial.

Já a “discriminação” poderia ser definida como uma conduta (ação ou omissão) que viola direitos das pessoas com base em critérios justificados ou injustificados e injustos tais como raça, sexo, idade, opção religiosa, etc.

Ou seja, pelas definições expostas, podemos extrair que a discriminação tem amplitude maior e agente diverso do preconceito, onde neste, o ato praticado é pelo indivíduo e, naquela poderia ser, além do indivíduo, também praticada por instituições, empregadores etc.

A rejeição ao seu outro igual é ato do estereótipo. Aliás, pode-se dizer que as relações humanas costumam ser formadas, em grande parte, pela primeira impressão, pois chamam mais atenção os atributos (deforquidades, raça, sexo) do que os portadores desses atributos (homens e mulheres), ou seja, os atributos vêm antes das pessoas, criando uma visão estereotipada dos seres humanos.

É importante um certo grau de despojamento de ideias preconceituosas quando tratamos do tema preconceito, pois sobre alguma situação ou coisa dificilmente reconhecemos que somos preconceituosos e que deveríamos colocar tal aspecto em questionamento.

Somos até mesmo violentos quando desconhecemos a diversidade que existe na natureza humana, o que por consequência, por puro preconceito, faz suprimirmos a variedade de espécies que convivem em nossa sociedade.

O preconceito está arraigado no inconsciente popular. Interfere, diretamente, no ato da discriminação, visto que consiste em prévio julgamento mediante generalização ou mistificação, sem distinguir as dimensões do indivíduo ou grupo social.

Aliás, as qualidades são enxergadas no aspecto negativo, o que por consequência leva à estigmatização do grupo excluído.

Entretanto, preconceito e discriminação não se confundem. O preconceito legitima a discriminação e esta, por sua vez, pode gerar o preconceito.

O preconceito não pode ser tomado como sinônimo de discriminação, pois esta é fruto daquele, ou seja, a discriminação pode ser provocada e motivada por preconceito. Nesta senda, a discriminação é um conceito mais amplo e dinâmico do que o preconceito. A discriminação, por exemplo, possibilita que o enfoque seja do agente discriminador para o objeto da discriminação. Enquanto o preconceito é avaliado sob o ponto de vista do portador, a discriminação pode ser analisada sob a ótica do receptor.

Portanto, pode-se observar que apesar de serem corriqueiramente confundidos, a discriminação e o preconceito são etimologicamente diferentes, posto que um decorre da prática do outro.

Temos certo então que uma atitude preconceituosa é desprovida de racionalidade, tolerância e compreensão, e impede a formação de juízos próprios, porque decorre da falta de informações.

Isso causa efeitos perante a sociedade, pois os seres humanos que convivem nela não vivem sozinhos, necessitam de um ambiente solidário e de respeito, conforme enfatizado no Art. 3º, I, de nossa Constituição.

Para tanto, é preciso buscar o total afastamento da discriminação e encontrarmos uma efetiva inclusão, não no sentido de uma manifestação por pena ou compaixão, mas sim porque nosso próprio texto constitucional, em seu Art. 3º, IV, determina a inclusão sem qualquer discri-

minção, pouco importando o fator, porque os indivíduos querem a felicidade e a plenitude da dignidade humana como valores da formação.

Como já mencionamos alhures, os princípios assumem papel importante ao estudarmos a discriminação nos diversos segmentos da sociedade, pois justificam as condutas legítimas e ilegítimas. Mais do que isso, não se alcançará a inclusão social sem observarmos a dignidade humana e a igualdade.

O respeito à pessoa humana independe da classe ou grupo social a que ela pertença, ou ainda de suas diferenças econômicas e sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, quer propiciar condições condzidentes de vida para todo e qualquer ser humano; já com o princípio da igualdade se busca combater as desigualdades, permitindo alguma diferença, desde que legítima e justificada (a também chamada discriminação positiva).

A ideia de tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais nos permite indagar: quem são os iguais e quem são os desiguais?

Este enunciado reflete não somente a idéia de tratar todos de forma isonômica, mas diversificá-los perante os desiguais, de forma a igualá-los perante o direito.

A isonomia está garantida na legislação, porém significa que não devemos tratar todos de forma idêntica, com as mesmas obrigações ou direitos.

Muito embora a literalidade da isonomia consagrada no texto Constitucional de 1988 estabeleça que todos são iguais, observamos que este mesmo texto permite desequiparar, com fundamento em motivos diversos, quais sejam, sexo, raça, renda, dentre outros, impondo outrora o tratamento desigual. Logo é possível distinguir pessoas e situações, no entanto, será preciso analisar se os critérios que identificam as hipóteses de desequiparação são juridicamente válidos e legítimos.

Neste sentido já mencionava Luiz Alberto David Araújo, para quem:

A igualdade, desta forma, deve ser regra mestra de aplicação de todo o entendimento do direito à integração das pessoas portadoras de deficiência. A igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizam tal ruptura. Assim, é razoável entender-se que a pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com pessoas sem deficiência. (ARAÚJO, 1997, p. 45).

Enfim, a regra é a igualdade, contudo, na hipótese de existir uma situação de desequiparação, deve estar comprovado que a mesma é necessária para o objetivo visado.

As condições singulares dos indivíduos exigem tratamentos diversos, sob pena de se criar ou potencializar novas diferenças sociais.

A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em seu art. 1º conceitua a discriminação como sendo:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública. (CONVENÇÃO SOBRE TODAS AS FORMAS DE ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL, 1965 apud GOMES, 2001, p. 19).

Percebe-se que esta definição elencou características que são mais utilizadas para discriminar os seres humanos, contudo, não se trata de um rol taxativo, mas apenas exemplificativo, não excluindo, portanto, outras formas de discriminação.

O ato discriminatório, muitas vezes, como já exposto, pode estabelecer distinções considerando a natureza das atividades desempenhadas por um grupo de pessoas, ou em função das características desse mesmo grupo. A discriminação pode, ainda, revestir-se na forma de um benefício exclusivo destinado a um grupamento, visando reverter situações desiguais.

A discriminação intencional ocorre quando uma pessoa recebe um tratamento desigual em razão de sua raça, sexo, origem etc.

Este tipo de tratamento engloba a maioria dos casos de discriminação e é contra ela que se dirigem algumas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Joaquim B. Barbosa Gomes afirma que o exemplo mais comum de discriminação legalmente aceita, encontrável em diversos ordenamentos jurídicos e em convenções internacionais relativas à discriminação nas relações de emprego, é decorrente das necessidades inerentes ao trabalho a executar, como por exemplo, a exclusão de mulheres ou de homens em certas atividades, como nas candidaturas a cargos de guardas de presídio, ou em certos setores nas Forças Armadas; a segunda forma de discriminação tida como juridicamente admissível é a chamada discriminação positiva (GOMES, 2011). As desigualdades sociais combatidas pelas ações afirmativas se originam, normalmente, de práticas sistemáticas de algum tipo de discriminação negativa. Essa foi a primeira justificativa que possibilitou tratar diferenciadamente um grupo social.

Na atualidade, entretanto, o alcance de tais ações ampliou-se, e alguns juristas e estudiosos do tema sustentam que elas podem e devem ser empregadas para a promoção de uma maior diversidade social, uma vez que essas políticas podem propiciar a ascensão e o fortalecimento de grupos sub-representados nas principais posições da sociedade.

Ronald Dworkin, um dos expoentes dessa vertente, afirma, com base em sua leitura da Constituição federal norte-americana, que esta discriminação positiva, por meio do princípio de igualdade, impede não apenas a chamada discriminação subjetiva, mas também a discriminação estrutural. Como discriminação estrutural entendam-se os padrões socioeconômicos díspares entre as pessoas, decorrentes de injustiças sociais de toda ordem, educação deficiente e insuficiente, além de preconceitos que interferem e influenciam as perspectivas de vida das pessoas. Para o autor, a erradicação dessas formas de discriminação seria moralmente legítima e juridicamente uma meta pública racional e necessária (DWORKIN, 2002, p. 147-162).

As Ações Afirmativas, nesta perspectiva, seriam mecanismos fundamentais de combate à discriminação e ao racismo estrutural.

Como já comentado, no mesmo campo conceitual da discriminação intencional legítima estão as discriminações positivas ou ações afirmativas. Tal hipótese ocorre quando se põe em prática uma política, quer seja pública ou privada, destinada a promover a igualdade material de parcelas da população historicamente discriminadas, permitindo-lhes concorrer em igualdade com aqueles que se beneficiaram com a sua exclusão.

Essa modalidade de discriminação tem duas características básicas: perseguição da justiça social, vez que se busca colocar os indivíduos em patamares de igualdade material; e temporariedade, pois uma vez atingido o equilíbrio deve cessar o uso da ação afirmativa.

No próprio Direito, ou melhor falando, na elaboração da norma jurídica, encontramos latentes fatos discriminatórios.

O que se quer dizer é que, muitas vezes, a norma jurídica é, em seu texto, isonômica, mas no momento de sua aplicação percebe-se um resultado discriminatório.

Para exemplificar isso, mais uma vez é necessário firmar-se no apanhado jurisprudencial norte-americano efetuado por Joaquim Barbosa Gomes.

E, naquele direito, aponta-se o clássico caso *YICK WO*:

Nesse caso, o que estava em jogo era a aplicação manifestamente discriminatória da lei que regia o procedimento de permissão municipal para a exploração de lavanderias na cidade de San Francisco, na Costa Oeste do EUA, que conta em sua população, desde a segunda metade do século XIX, com um percentual de aproximadamente 25% de pessoas de origem Asiática. No caso *YICK WO*, a discriminação na aplicação do Direito ficou caracterizada em função da simples disparidade estatística: 99% dos pedidos de permissão formulados por pessoas brancas eram deferidos, ao passo que apenas 1% dos pedidos feitos por asiáticos obtinham decisão favorável. (GOMES, 2001, p. 28).

Gomes aponta ainda a dificuldade no acesso das mulheres à Magistratura, e dos negros à Diplomacia. Neste último caso, a ausência de negros é tão grande que o próprio Itamaraty instituiu um programa de ação afirmativa destinado a custear bolsas de estudo para que os negros pudessem concorrer em igualdade com os demais candidatos.

Visto isso, deve-se deixar claro que é absurdo afirmar que toda a discriminação é odiosa ou incompatível com os preceitos do constitucionalismo contemporâneo. Muitas vezes, estabelecer uma diferença, distinguir ou separar é necessário e indispensável para a garantia do próprio princípio da isonomia, ou seja, para que a noção de igualdade atenda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso, acompanhamos o pensamento de Marcelo Campos Galuppo, para quem: “A discriminação é compatível com a igualdade se não for, ela também, fator de desigualdade injustificável racionalmente. E, mais que isso, a discriminação é fator que pode contribuir para a produção da igualdade.” (GALUPPO, 2002, p. 216).

Já na discriminação chamada ilegítima, ausentes ou desarrazoados os critérios a justificar a sua prática, trata-se de forma desigual, pondo à margem grupos ou pessoas em função de sua raça, cor, opção sexual, idade, etc., dando origem, via de regra, à discriminação racial, por gênero, por orientação sexual, por compleição física e outras.

O *discrímen* também pode surgir de forma a favorecer determinado grupamento, atribuindo-lhes privilégios injustificáveis, em detrimento de outra parcela não beneficiada.

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a violação dos direitos fundamentais por meio da discriminação pode manifestar-se de diferentes maneiras. A primeira delas é a discriminação direta ou intencional (como já mencionamos anteriormente), ou seja, uma conduta da qual se depreende o *animus* discriminatório, ou seja, o dolo, a vontade de violar o direito de outrem. Ao lado da discriminação direta, prossegue o mencionado autor, pode-se encontrar a discriminação de fato, a mais comum no Brasil.¹⁴

¹⁴ E o autor continua com seu argumento: “A discriminação de fato é o resultado da indiferença do poder público para com os grupos marginalizados. As autoridades permanecem inertes, se abstendo de implementar políticas sociais que verdadeiramente promovam a

Sendo assim, enquanto as discriminações legítimas são admitidas e podem servir de estímulo para o desenvolvimento de outras iniciativas correlatas, as discriminações ilegítimas devem ser afastadas e combatidas, tanto no âmbito jurídico, como na esfera político-administrativa.

Nas palavras de Konrad Hesse: “[...]o princípio da igualdade proíbe uma relação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual; a questão é, quais fatos são iguais e por isso, não devem ser regulados desigualmente.” (HESSE, 1998, p. 330).

Em certas situações, e especialmente no campo das relações de trabalho, a discriminação é tão perceptível que se torna incontestável, a ponto da doutrina considerá-la como presumida, é o que os americanos chamam de *Prima Facie Discrimination* (GOMES, 2001, p. 31). Essa linha de argumentação tem o condão de desincumbir os grupos vítimas da discriminação do ônus de prová-lo, e é largamente usado no direito norte-americano, em ações declaratórias ou medidas de caráter injuntivo. Todavia, quando a demanda é de natureza indenizatória, o ônus da prova continua a ser do autor, pois em tal situação a discriminação é individual, não atingindo da mesma forma todas as pessoas, e, portanto, a necessidade da individualização do dano causado.

Para a constatação deste tipo de discriminação é muito utilizada a disparidade estatística que “[...] consiste basicamente em demonstrar ausência ou a sub-representação de certas minorias em determinados setores [...] que seja incompatível com o percentual do respectivo grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho.” (GOMES, 2001, p. 32).

Ressalte-se, por fim, que a Suprema Corte norte-americana utiliza frequentemente o critério da disparidade estatística, mas o faz com extrema prudência: “[...] noutras palavras, ela se limita a analisar o elemento estatístico juntamente com outros fatores, sancionando severamente as disparidades flagrantes, isto é, classificando-as como prova irrefutável de tratamento discriminatório.” (GOMES, 2001, p. 6).

Não se poderia deixar de mencionar, ainda que de maneira superficial, dentre as discriminações ilegítimas (ou negativas) que assolam nosso Estado-Nação, algumas que entendemos ser as mais latentes e presentes em nossa sociedade, e que, sem dúvida, são a causa de inúmeros exemplos de exclusão de grupos qualitativamente minoritários em nosso país.

Dentre elas está a *discriminação por gênero* que, no Brasil e no mundo, está longe de acabar.

Esta discriminação está prevista em sua definição na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (adotada pela ONU em 1979, entrando em vigor em 1981) como sendo

[...] toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (art. 1º). (GOMES, 2001, p. 19).

igualdade material, é, v.g., o caso das multidões de excluídos que nem sequer aparecem nas estatísticas, por não ter ao menos certidão de nascimento, morrendo, não raras vezes, sem nunca ter existido juridicamente. Assim, a sociedade termina por se habituar com aquela situação discriminatória, ocorrendo uma naturalização das desigualdades, que nem sequer é notada e passa a ser tida como uma forma de discriminação inconsciente, ou, se se preferir uma expressão mais irônica, uma discriminação cordial, fundada em um exercício de poder simbólico pelos agentes da exclusão.” (CRUZ, 2005, p. 29-30).

Embora a Constituição Federal de 1988, denominada *Constituição Cidadã*, tenha significado para as mulheres brasileiras a afirmação da igualdade entre homens e mulheres, ainda é escasso o asseguramento à população feminina das conquistas prometidas, dentre as quais, a proteção contra a violência, o direito ao planejamento familiar, a licença-maternidade, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, creches e pré-escolas para seus filhos.

Já em se tratando da *discriminação por orientação sexual*, importante ressaltar novamente o entendimento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, pois o mesmo traz em sua obra que,

[...] a grande novidade do Estado Democrático de Direito é justamente a noção de pluralismo, o qual tem por pressuposto a admissão de respeito e proteção a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade. É, pois, uma proposta de superar uma visão de mundo etnocêntrica, ao reconhecer o direito a projetos de vida alternativos. (CRUZ, 2005, p 71).

O Brasil, na luta contra a discriminação por orientação sexual, se encontra frente a um paradoxo. É o líder mundial de assassinatos homofóbicos. Tudo de forma reiterada e impune em um país que se pretende tolerante, liberal, complacente com as distintas maneiras de cada um viver. A violência se exerce de forma particularmente cruel nesse caso, porque discrimina e aponta para a impossibilidade de cada um optar pela forma de realização sexual que prefira.

Por outro lado, o país lidera um movimento internacional para caracterizar todas as formas de violência por orientação sexual como um atentado aos direitos humanos.

Por fim, entende-se necessário abordar a forma de discriminação que mais é comentada nos estudos sobre ações afirmativas, a qual seria a *discriminação racial*, o que vemos, na grande maioria das vezes, utilizar para o argumento em debate da necessidade de políticas públicas afirmativas de discriminações positivas.

O conceito de discriminação racial vem estabelecido no §1º do art. I, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965, que ora se transcreve:

Artigo I;

1. Na presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública. (DIREITOS..., 2006).

Sem pretender esgotar todas as origens e fatores ligados à discriminação racial no Brasil, são expostos a lume alguns ensinamentos traçados por Kabengele Munanga, Professor Titular do Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo (USP), e uma das maiores autoridades sobre a temática negra, a respeito do passado e presente da população afrodescendente, *verbis*:

Com efeito, os negros de todas as Américas viveram uma experiência histórica específica: a escravidão pela qual ficaram marcados durante muitas gerações. O que teria atrasado, segundo alguns autores da vida nacional, criando um declínio e uma certa estagnação econômica em relação aos membros de outros grupos étnicos. Hoje, esse passado histórico do

negro, combinado com os preconceitos raciais, continuam a prejudicar os negros. Essa maneira de perceber o negro através do seu passado aproxima-se do ponto de vista da teoria das castas: nasce-se e permanece-se sempre negro. Com o fim do escravismo e a transformação do escravo em cidadão teoricamente livre, colocou-se a fim à distinção entre “mestre e escravo”, “homem livre e escravo”. E, para manter a hierarquia anterior e assegurar o status quo, as categorias anteriores em oposição foram substituídas pelas novas, modeladas nas diferenças raciais entre o antigo mestre e o novo cidadão. A estereotipia negativa contra o negro e o aprofundamento das diferenças entre os grupos étnicos, ontem senhores e escravos, ganharam novas dimensões, pois foram ideologicamente evocados para assegurar as vantagens políticas, econômicas e psicológicas nas mãos dos antigos dominantes e de seus descendentes. Isso feito, a classe dominante continuou a reproduzir-se, reproduzindo, entre outros, racistas e racializados, superiores e inferiores. (MUNANGA, 1996, p. 81).

Por isso, reforça o mencionado autor, fica difícil sustentar a ideia de que o racismo antinegro no mundo atual é mera sobrevivência do seu passado histórico enquanto escravo. A sociedade produz novas formas de racismo. Portanto, reitera o antropólogo, a luta é contra este presente concreto, atual, cotidiano, visível e comensurável, e não contra um passado sobre o qual as novas gerações pouco ou mal conhecem pelos manuais de história (MUNANGA, 1996). No Brasil não se assume que as desigualdades raciais influem de maneira decisiva nas variações encontradas nos indicadores relativos à renda, à educação e à saúde da população brasileira.

Pois bem. De tudo o que se expôs aqui a respeito de discriminação legítima (positiva) e ilegítima (negativa), bem como as formas de atuação desta última, abre-se um campo fértil para começarmos a abordar de maneira mais objetiva todos os elementos das ações afirmativas.

2.3 AÇÕES AFIRMATIVAS

2.3.1 O conceito de Ações Afirmativas; sua natureza, seus objetivos e destinatários

Ao abordarmos a matéria de discriminação no item 2.2, sobre discriminação legítima, ou também intitulada positiva, apresentamos a noção do termo *Ações Afirmativas*.

Todavia, até mesmo por achar-se interessante a evolução da construção destas políticas públicas de inclusão social, entendemos ser necessária a análise e discussão sobre as diversas definições que nos são apresentadas, tanto em nosso Estado-Nação, como naquele país onde estas políticas têm, para muitos, o seu berço, os Estados Unidos da América.

Como já se depreendeu, o tema das Ações Afirmativas é polêmico. A começar pela controvérsia de sua definição. Enquanto de um lado existe a restrição a determinados tipos de discriminação, por outro existe a ideia da obrigatoriedade de seu caráter temporário ou, ainda, que estas só podem ser concebidas diante das iniciativas do poder público, gerando via de regra uma incompletude no conceito pretendido.

Inicialmente, do conceito podemos nos reportar à ideia de Silva; Ferez Júnior (2006, p. 23), quando os mesmos nos trazem que: “A ação afirmativa pode ser definida de maneira econômica como todo o conjunto de normas sistemáticas de promoção de grupos que sofrem algum tipo de discriminação social.” (SILVA; FERREZ JÚNIOR, 2006, p. 23). Não que esteja equivocada tal definição, mas acreditamos que as Ações Afirmativas apresentam uma série de pressupostos que tornaria tal conceito um tanto quanto restrito e não muito abrangente.

Vejamos alguns outros conceitos propostos pela doutrina, a exemplo da extensa definição apresentada pela americana Bárbara Reskin, que, nas palavras de Rosana Heringer, seria uma das mais completas em matéria de Ação Afirmativa, ainda que específica a políticas reguladoras no âmbito do mercado de trabalho:

O termo ação afirmativa refere-se a políticas e procedimentos obrigatórios e voluntários desenhados com o objetivo de combater a discriminação no mercado de trabalho e também de retificar os efeitos de práticas discriminatórias exercidas no passado pelos empregadores. Da mesma forma que no caso das leis anti-discriminatórias, o objetivo da ação afirmativa é tornar a igualdade de oportunidades uma realidade, através de um “nivelamento do campo”. Ao contrário das leis anti-discriminatórias, que apresentam remédios aos quais os trabalhadores podem recorrer após terem sofrido discriminação, as políticas de ação afirmativa têm como objetivo prevenir a ocorrência da discriminação. A ação no mercado de trabalho substituindo práticas discriminatórias - intencionais ou rotinizadas - por práticas que são uma proteção contra a discriminação. (HERINGER. 1999, p. 51-52).

Esta definição corrente norte-americana conceitua políticas de ação afirmativa como medidas introduzidas por novos arranjos na legislação dos direitos civis ou por ordem do Executivo, pelas quais autoridades públicas, empresas privadas, instituições universitárias privadas e públicas e diversas entidades que recebem ajuda federal - ou estão sujeitas à regulação do governo -, devem dedicar maior atenção à raça e à etnicidade.

Seguindo este raciocínio, podemos dizer também que a Ação Afirmativa traduz-se na adoção de normas jurídicas que preveem um tratamento distinto para certas pessoas ou categorias de pessoas, visando garantir-lhes uma igualdade material em relação aos outros membros da sociedade.

O termo *temporárias* é bastante utilizado e discutido em diversos conceitos formulados sobre tal política de inclusão, o que significa dizer que estas vigorariam enquanto se verificasse a situação desfavorável, deixando de ser necessárias logo que sanada a desigualdade.

Temos como seguidora desta ideia, por exemplo, Renata Malta Vilas-Bôas, que firma sua definição de Ações Afirmativas no aspecto das mesmas serem medidas *temporárias* e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade, medidas estas que têm como principais beneficiários “os membros dos grupos que enfrentam preconceitos.” (VILAS-BÔAS, 2003, p. 29).

A política de ação afirmativa não tem apenas o escopo de prevenir a discriminação, na medida em que, como se discorrerá, possui um caráter multifacetado, qual seja o reparatório (corrigir injustiças praticadas no passado), o distributivo (melhor repartir, no presente, a igualdade de oportunidades), direcionados, principalmente, para áreas da educação, da saúde e do emprego, e outros mais.

Pode-se referir, como já havia-se mencionado anteriormente, que o caráter *temporário* destas políticas públicas de inclusão social levam a algumas questões relevantes.

Pois bem. Há aqueles que, como nós, defendem tal elemento do conceito (*temporárias*), ou seja, assim que cumprido o papel igualizador, com distribuição de oportunidades e supressão de injustiças, automaticamente as Ações Afirmativas seriam extintas, como o denominado sistema de cotas, adotado, atualmente, no âmbito de algumas universidades públicas.

É que tal equação, de fundo social e não matemático, não é tão simples como parece à primeira vista, porquanto existem grupamentos minoritários nos quais a implementação e o aperfeiçoamento constante de políticas afirmativas demandariam um lapso extenso, quando não definitivo.

Como exemplo, temos as comunidades indígenas e de quilombolas, cujas especificações, sobretudo as diretamente relacionadas a sua identificação, saúde e habitat, requerem, por certo, o implemento de programas e políticas governamentais de caráter permanente.

E, ainda seguindo este raciocínio de permanência das ações afirmativas, afastando de alguns casos o caráter de temporalidade, pessoas portadoras de deficiência também estariam aptas a receber, na grande maioria dos casos, as benesses das ações afirmativas de forma ininterrupta, pois a pretensão normativa é a de possibilitar as estas pessoas a capacidade de integração na vida em sociedade, todavia atentando para o fato de que muitas necessitam para toda uma vida a tutela especial do poder público através de políticas públicas positivas.

Entretanto, em um primeiro momento, entende-se que as Ações Afirmativas possuem, como um dos elementos de sua razão de existir, exatamente a temporariedade, visto aquelas serem consideradas como mais uma “arma” de apoio para a efetivação dos direitos fundamentais (individuais, sociais, etc). Quando estes são finalmente efetivados/aplicados, em sua plenitude, cessa a necessidade desta “arma”, deixando que a máquina estatal e a sociedade funcionem normalmente, apoiada sempre na base constitucional com obediência aos princípios maiores que a sustentam, neste caso o da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

O fato, por exemplo, de os portadores de deficiência necessitarem permanentemente de políticas públicas para a inclusão social e de uma melhor qualidade de vida, quando alcançada a igualdade almejada pela aplicação dos princípios ora mencionados, com a elaboração de leis que assegurem tais posturas e com a mudança do imaginário social pelo Direito, de que estas pessoas possuem seus direitos inerentes a sua diferença, cessa (mesmo que momentaneamente) a necessidade de aplicação de Ações Afirmativas, visto já ter ocorrido a transformação do *status quo* que inferiorizava tal grupo por sua diferença.

Outro aspecto a ser ressaltado nos conceitos apresentados é o de que não se pode pretender que somente o poder público venha a apresentar propostas e programas de ações afirmativas. A iniciativa de organismos privados, embora não possuam a mesma amplitude inerente à eventual política de governo, somando-se a esta servem de estímulo e exemplo aos demais segmentos sociais.¹⁵

A partir destas premissas apontadas, podemos formular um conceito inicial próprio, formado pela ideia de que as Ações Afirmativas seriam políticas, de caráter temporário, concebidas tanto pelo poder público como pela iniciativa privada, de forma compulsória ou voluntária, direcionadas para uma determinada parcela da população excluída socialmente, em função de sua origem, raça, cor, gênero compleição física ou mental, idade, etnia, opção sexual, religião, ou condição econômico-social, as quais objetivam corrigir ou, ao menos minimizar, as distorções ocorridas no passado e propiciar a igualdade de tratamento e de oportunidades no presente, em especial às relacionadas às áreas da educação, da saúde e do emprego.

¹⁵ Tais como o Projeto Geração XXI, instituído em 1999, entre a Fundação Bank Boston, a ONG Geledés, o Instituto da Mulher Negra e a Fundação Cultural Palmares, que, como o apoio da UNESCO, visa garantir a educação de jovens negros até o término da faculdade, mobilizando uma rede de inúmeros familiares. Tais aspectos sobre a possibilidade e funcionamento de políticas de inclusão social através das ações afirmativas efetuadas pela iniciativa privada serão abordados em momento oportuno desta pesquisa.

Como elementos conceituais e integrantes das Ações Afirmativas destacam-se: a compulsoriedade (ou voluntariedade) e a temporariedade das medidas a serem adotadas por órgãos públicos ou privados; a concessão de benefício ou vantagem a determinados grupos sociais; a busca de igualdade de oportunidades e tratamento; medidas direcionadas, em especial, à área da educação, da saúde e do emprego.

Quando adentra-se na seara da discussão sobre a *natureza* das Ações Afirmativas, somos levados a mencionar os dois aspectos mais abordados e defendidos a respeito deste tema, os quais seriam o caráter reparatório e/ou distributivo das mesmas.

Muito se discute se a Ação Afirmativa seria uma forma de justiça compensatória ou distributiva. Mas até que ponto as Ações Afirmativas equivalem a uma medida compensatória ou, sob outro aspecto, de distribuição de oportunidades entre os excluídos?

Vale, aqui, analisar as características idealizadas por algumas dessas correntes.

Gomes (2001) explica que a justiça compensatória tem uma natureza “restauradora” voltada às sociedades que por longo período estiveram à mercê de políticas de subjugação de um ou vários grupos ou categorias de pessoas por outras, visando corrigir os efeitos perversos da discriminação sofrida no passado. Desse modo, com a adoção de programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, estar-se-ia promovendo, em tempos atuais, uma “reparação” ou “compensação” pela injustiça cometida no passado aos antepassados pertencentes a esses grupos sociais (GOMES, 2001). A justificativa para tal procedimento baseia-se no fato de que o processo de marginalização social tem inclinação perenizante, e toda a gama de preconceito e discriminação sofridos pelas gerações passadas tende a transmitir-se às gerações futuras, gerando um terrível e injusto ônus social, econômico e cultural que visivelmente vai se perpetuando.

O autor invoca a lição de Michel Rosenfeld, para quem a justiça compensatória cuidaria de “restaurar um equilíbrio que existia entre essas duas partes antes do envolvimento voluntário ou involuntário delas em uma transação que resultou em ganho para o violador e perda para a vítima.” (ROSENFELD apud GOMES, 2001, p. 62). Contudo, ainda que a noção de justiça compensatória norteie vários programas de ação afirmativa em diversos países que adotam esse tipo de política social, trata-se de uma concepção não isenta de falhas, pois, conforme alerta Gomes (2001), em regra, somente quem sofre diretamente o dano é revestido de legitimidade para postular a respectiva compensação, e, ainda, tal compensação só pode ser reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que causou o dano. Daí porque, segundo o autor, essas incongruências tendem a enfraquecer a tese compensatória como argumento legitimador das Ações Afirmativas.

Para os que defendem essa primeira corrente, a Ação Afirmativa representaria um ressarcimento por danos a grupos sociais identificados ou identificáveis, causados pelo Poder Público ou por determinadas pessoas físicas ou jurídicas. Para haver justiça e evitar uma discriminação reversa,¹⁶ Menezes (2001, p. 35), do mesmo modo, alerta que somente os responsáveis pelos atos discriminatórios sejam penalizados, assim como apenas as vítimas reais e individualmente reconhecidas sejam ressarcidas proporcionalmente aos danos sofridos.

¹⁶ A discriminação reversa consiste em favorecer todos aqueles que pertencem a determinada classe ou grupo social, independente de serem vítimas de discriminação.

Neste aspecto Roger Raupp Rios também nos traz uma contribuição quando menciona que tais medidas compensatórias, apesar de possuírem ideias raciais conscientes e passíveis de remediar, hoje, os reflexos decorrentes dos erros e dos prejuízos do passado, voltados para certos grupos ou seus ancestrais, possui críticas que:

[...] concentram-se no risco de benefício a indivíduos que não foram vítimas de discriminação, da imposição de encargos a indivíduos que não se envolveram em práticas discriminatórias e na insuperável dificuldade de determinar-se o modo de compensação devido a cada indivíduo discriminado. (RIOS, 2005, p. 287).

Sob o enfoque da concepção de justiça distributiva, a Ação Afirmativa, norteada para a concretização do princípio da igualdade material de oportunidades, estaria relacionada a uma igualdade proporcional, exigida pelo bem comum, na distribuição de direitos, vantagens e ônus entre os membros da sociedade, sendo implementada por meio de diversos critérios, como, por exemplo, tomando como base os esforços, necessidades, utilidades etc. (MENEZES, 2001, p. 38). Gomes enfatiza a preocupação do Estado, que deve promover “a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade.” (GOMES, 2001, p. 66).

O conceito de justiça distributiva parte do pressuposto de que um indivíduo ou grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, o que, na prática, implicaria a adoção de Ações Afirmativas outorgando aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, aquilo que normalmente obteriam se fossem a todos concedidas as mesmas oportunidades (GOMES, 2001, p. 66-67). Não se pode deixar de mencionar, quando se alude à justiça distributiva, o argumento utilitarista defendido por aqueles que creem que a redistribuição de benefícios e ônus na sociedade gera a promoção do bem-estar geral, visto que reduz a pobreza e as iniquidades, de modo a contribuir para o desaparecimento do rancor, do ressentimento, da perda do auto respeito que decorrem da desigualdade econômica e até mesmo a redução do grau de consciência racial da sociedade (GOMES, 2001, p. 68-69). Nesse contexto de caráter distributivo baseado na igualdade de tratamento, destaca-se a formulação proposta por Rawls (2002), cuja teoria converge para dois princípios que se aplicam à estrutura básica da sociedade:

Primeiro: Toda a pessoa deve ter um direito igual ao esquema de liberdades básicas mais abrangente que seja compatível com um esquema similar de liberdades para os outros.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser consideradas de modo que (a) sejam vantajosas para todos dentro do razoável (b) vinculadas a posições e cargos abertos a todos. (RAWLS, 2002, p. 52-53).

O mesmo autor assevera que esses princípios, embora específicos - o primeiro ligado às liberdades básicas, tais como a liberdade política, de expressão, de reunião, de consciência, etc., e o segundo voltado para a distribuição de renda e riqueza e as posições de autoridade -, são um caso especial de concepção de justiça que podem assim ser resumidos:

Todos os valores sociais - liberdade e oportunidade, renda e riqueza, as bases sociais do auto-respeito são para serem distribuídos igualitariamente, ou então que a distribuição desigual desses valores seja vantajosa para todos.” (RAWLS, 2002, p. 54).

Não se pode deixar de expor que os argumentos de Rawls vão contra o utilitarismo. Considerado uma espécie de ética normativa, no utilitarismo, as ações humanas justificam-se quando em busca de sua utilidade para os indivíduos envolvidos na busca do bem-estar social (FIGUEIREDO, 2006, p. 23). Por essa teoria, em síntese, a promoção do bem-estar geral da coletividade justifica a restrição das liberdades individuais, uma vez que acaba por trazer maior grau de felicidade para a maioria dos indivíduos de uma comunidade, ainda que em sacrifício da parcela minoritária do grupo social. Considera a produção do maior bem possível entre os membros da sociedade, mas sem pensar diretamente como se daria a sua distribuição. Logo, possui um critério decisivo, a utilidade, em que os preceitos de justiça dependem do maior saldo positivo de satisfação de interesses.

E a crítica de Rawls ao utilitarismo centra-se nesse ângulo, isto é, o sacrifício dos direitos individuais em nome do aumento do bem-estar coletivo, acarretando uma situação de flagrante injustiça, ou seja, a consecução, pela sociedade, do grau máximo de riqueza e satisfação quaisquer que sejam os direitos, oportunidades e privilégios existentes. Para o autor, num razoável estágio avançado da civilização, a maior soma de vantagens não é obtida desse modo, qual seja pela violação da liberdade pelas perdas menores de alguns, a justificar os benefícios maiores de outros (RAWLS, 2002). Nas palavras do autor “o utilitarismo não considera seriamente a diferença entre pessoas.” Deixando a seara da *natureza* das Ações Afirmativas, e adentrando em seus *objetivos*, temos que a igualdade nas oportunidades e nos resultados apresentam-se como os argumentos principais que sustentam aqueles mutuamente complementares e não alternativos que, no Brasil, movem os lutadores dos movimentos antirracismo, de proteção e inclusão dos portadores de deficiência, dos que lutam pela igualdade de gênero, etc., ao defender a implementação de Ações Afirmativas.

É claro que existe uma polêmica jurídica em torno destas políticas focalistas. As diversas iniciativas de políticas específicas para as minorias vêm sendo alvo de intensas reações que utilizam o plano jurídico como arena.

Diante disso, neste momento, seria interessante ressaltar que as Ações Afirmativas não se confundem com o sistema de cotas, mas o abrange. Pode-se dizer então, lembrando, em síntese, que toda ação, seja ela pública ou privada, que reconhecendo uma situação desfavorável a uma minoria (qualitativa) ou indivíduo, procura atingir uma situação de igualdade (de condições), pode ser caracterizada como uma Ação Afirmativa.

Daí é que se pode dizer que exurgem os objetivos e destinatários das ações afirmativas de maneira clara.

O objetivo principal - e por que não dizer, a base constitucional - que gira em torno da implementação das políticas afirmativas está, sem dúvida, em garantir a consecução do princípio constitucional de igualdade material de oportunidades, em um primeiro momento e de forma mais urgente, entre determinados grupos (e aqui, para nós, ressalta-se novamente a idéia da temporariedade nas Ações Afirmativas).

Todavia, ao lado da busca da igualdade de oportunidades, reconhecem-se outros aspectos que devem ser integrados às finalidades da Ação Afirmativa, os quais são revelados com muita propriedade por Gomes (2001). O primeiro deles está relacionado ao aspecto cultural, pedagógico e psicológico. Para o autor, figuraria também entre os objetivos almejados pelas políticas afirmativas “o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra,

do homem em relação à mulher.” (GOMES, 2001, p. 44). Assim, a discriminação positiva acaba por propiciar, ainda que de forma gradual, não só uma maior convivência com a diversidade, sobretudo com a diversidade racial, mas, também, uma espécie de ruptura com o meio social dominante, no que diz respeito à prevalência de certos estigmas arraigados culturalmente no imaginário coletivo, ao contrapor-se a inúmeras ideias preconcebidas baseadas nas falsas generalizações - verdadeiros estereótipos culturais - como, por exemplo, já mencionado no item 2.1: “o negro é ladrão, “o índio é indolente e preguiçoso”; “a mulher é incapaz”; “o judeu é avarento”, etc.

Sobre esta ideia de diversidade, seria interessante atentarmos para o pensamento de Roger Raupp Rios, pois o mesmo nos traz que este argumento foi a justificativa mais aceita na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Neste sentido, o autor aponta que:

A diversidade como justificativa para as ações afirmativas é contestada ao argumento de que o pertencimento a uma minoria racial, por si só, não implica necessariamente a contribuição do respectivo ponto de vista diverso do grupo dominante. [...] Esta objeção, todavia, acabou não vingando na Suprema Corte, além de contar com forte crítica: a experiência na discriminação, por si só, independente da teorização sobre a discriminação, traz à tona dados novos importantes para o desenvolvimento do indivíduo e da comunidade. (RIOS, 2005, p. 286).

A veiculação desses estereótipos, concebidos como imagens que se vinculam mais ao campo da percepção, presentes na linguagem, na publicidade, na propaganda, nos livros didáticos, etc., associando membros de determinados grupos a certas imagens (a associação dos negros com a criminalidade, por exemplo), funciona como um poderoso instrumento de reprodução do preconceito, induzindo às práticas discriminatórias.

Temos aí um dos grandes argumentos para os planos e programas de ações afirmativas, ao garantir, pela fixação de percentuais mínimos, a presença das minorias com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas ou, pelo menos, propiciarem-se condições para sua a superação, em face da convivência jurídica obrigatória, por força da qual, como diria Rocha:

[...] a maioria qualitativa teria que se acostumar a trabalhar, estudar, a se divertir, etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos, etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. (ROCHA, 1996, p. 283-297).

Outro objetivo relacionado à discriminação positiva, a que faz menção Joaquim B. Barbosa Gomes, diz respeito à criação das chamadas “*personalidades emblemáticas*”:

Vale dizer, elas seriam um dos principais instrumentos de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente: os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida. Noutras palavras, quando se fala em “*role models*” as ações afirmativas são tidas como mecanismos de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários. (GOMES, 2001, p. 48-49).

Para Rios, a criação de modelos positivos como mais uma justificativa invocada para os programas de ações afirmativas é baseada no argumento de que a presença de pessoas negras em posições de magistério ou no exercício de profissões altamente qualificadas contribui positivamente para as respectivas comunidades, uma vez que estas passam a contar e a conviver com exemplos positivos e estímulos para seu desenvolvimento (RIOS, 2005). E complementa o autor:

[...] tal justificativa ganha força se for adotada uma perspectiva mais ampla, admitindo a legitimidade das ações afirmativas como combate à discriminação social, difusa e institucional. De fato, a associação recorrente entre certas profissões e uma determinada raça, perceptível na linguagem cotidiana e influenciadora dos processos cognitivos, mostra como a proibição das ações afirmativas torna ainda mais difícil a superação do racismo. (RIOS, 2005, p. 287).

Dworkin, já nos anos setenta, apontava que:

[...] se há mais advogados negros, estes ajudarão a comunidade negra a contar com melhores serviços jurídicos, com o que se reduziriam as tensões sociais. Ademais, poderia suceder que havendo um maior número de negros para discutir, em sala de aula, os problemas sociais, isto elevaria a qualidade da educação jurídica para todos os estudantes. E, mais ainda, se se observa que os negros obtêm êxito em seus estudos de direito é possível que outros negros que satisfaçam os critérios usuais de intelectualidade se motivem a candidatar-se e que isto, por sua vez, venha a melhorar a qualidade intelectual do conjunto de advogados. Em todo o caso, a admissão preferencial de negros deveria reduzir a diferença de riqueza e poder que atualmente existe entre os diferentes grupos raciais, com o que se proporcionaria à comunidade uma igualdade global. (DWORKIN, 2002, p. 147-162).

E o mais interessante, finalizando a análise deste objetivo, é que este último autor mencionado nos traz em obra atual, já citada neste trabalho, que esta criação de modelos positivos já foi comprovada por estudo recente ocorrido nos Estados Unidos.

A ação afirmativa, escrevem Bowen e Bok, “também foi inspirada pelo reconhecimento de que o país tinha necessidade premente de negros e hispânicos cultos, que pudessem assumir papéis de liderança em suas comunidades e em todas as nuances da vida nacional”. Nesse aspecto, também, o estudo relata êxito. (DWORKIN, 2003, p. 559).

E complementa o autor:

Essas descobertas são especialmente interessantes em face do temor generalizado, expresso por Henry Luis Gates e Orlando Patterson, entre outros, de que os negros cultos da classe média escolhem vida nova distante dos problemas da comunidade negra em geral. Esse temor permanece, mas as estatísticas do estudo são promissoras. “O fato de que esse grupo está oferecendo cada vez mais serviços de liderança cívica do que seus equivalentes brancos indica que o compromisso social e as preocupações com a comunidade não foram abandonados ao primeiro sinal de êxito pessoal.¹⁷

¹⁷ É interessante ressaltar que o autor ainda nos trás em nota, que os autores do estudo de “*The Shape of the River*”, (estudo este analisado pelo autor no capítulo 11 e 12 da obra comentada), mencionam que existem estudos que demonstram que “é bem maior a probabilidade de médicos negros e hispânicos trabalharem em bairros minoritários e contar com minorias pobres entre seus pacientes.” (DWORKIN, 2003, p. 559).

Por fim, seguindo a análise dos temas propostos neste subitem, tem-se que os maiores *destinatários* ou *beneficiários* das ações afirmativas, sem dúvida, são pessoas físicas discriminadas de uma forma geral em decorrência de sua raça, sexo, idade, deficiência física ou mental, etc. entre as quais se enquadram negros, índios, pessoas com deficiência, idosos, mulheres, entre outros; são os sujeitos da relação hipotética da igualdade, são aqueles cujos dotes naturais os impedem de fruir, em maior ou menor grau, os bens sociais primários.

Consoante observa Ellis Cashmore,

[...] esta política é voltada para reverter as tendências históricas que conferiam às minorias e às mulheres uma posição de desvantagem, particularmente nas áreas de educação e emprego. Ela visa ir além da tentativa de garantir igualdade de oportunidades individuais ao tornar crime a discriminação, e tem como principais beneficiários os membros de grupos que enfrentam preconceito. (CASHMORE, 2000, p. 31).

Mesmo já tendo comentado a respeito do termo minorias em outro momento desta pesquisa (capítulo 1, item 1.5), é interessante o pensamento deste autor norte-americano quando o mesmo refere-se à existência de dois sentidos nesta nomenclatura, o numérico e o político, e explica que

O termo minoria tem provocado confusões no campo das relações raciais e étnicas em virtude do seu duplo significado - numérico e político. Nos Estados Unidos, onde o termo arraigou-se na terminologia oficial, um grupo é definido como minoritário principalmente em termos de desvantagens, falta de oportunidades ou alguns eufemismos de combinação de opressão política, exploração econômica e discriminação social. No uso americano recente, o substantivo “minority” pode referir-se tanto a um grupo racial ou étnico quanto a um membro seu. Como os grupos assim definidos (principalmente os afroamericanos, ameríndios, hispânicos e grupos de origem asiática) são todos minorias numéricas da população total dos Estados Unidos, o uso do termo na América do Norte é relativamente tranquilo, embora possa refletir o interesse de classes (a única confusão possível ocorre com o uso político do termo como referência à representação partidária no governo, como em “líder da minoria no Senado”). (CASHMORE, 2000, p. 360).

No mesmo sentido, Carmen Rocha, constatando que os destinatários das ações afirmativas são os grupos minoritários que se encontram à margem do processo de fruição de oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, adverte que o termo minorias não deve ser compreendido em seu sentido quantitativo, mas sim como grupos de pessoas que possuem, por suas condições próprias, um menor rol de direitos efetivamente assegurados, se comparados com aqueles que se encontram no poder:

Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, minoria no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas insti-

tuições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto que é seu, e da soma dos votos é que se contam os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito, etc.) o que é tido por maioria. Assim é o caso dos negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira. (ROCHA, 1996, p. 285).

Dentre todos os aspectos apresentados sobre objetivo (constitucional), destinatários e natureza (legitimidade), prefere-se acreditar que todos eles são passíveis de aceitação como natureza e fulcro para a defesa e aplicação das Ações Afirmativas, todavia alguns deles, como apresentado, podem sofrer sérios ataques se forem sustentados de maneira solitária (como, por exemplo, as teses compensatória e distributiva).

Contudo cabe a nós complementar tais conceitos e defesas de tais teorias utilizando argumento que, para nós, deve ser a base de sustentação na aplicação de todas as definições, o qual seria o apresentado pelo autor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em que onde o mesmo fixa posição favorável à tese pela qual as Ações Afirmativas se legitimam com base nos princípios do pluralismo jurídico e da dignidade da pessoa humana, estruturados no paradigma do Estado Democrático de Direito (CRUZ, 2005, p. 140), pois uma sociedade plural e democrática exige a participação formal, material e, sobretudo, igualitária no tocante ao tratamento estatal e sua divisão social de oportunidades.

2.4 A APLICAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: A NECESSÁRIA MANUTENÇÃO DESTAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL EM *TERRAE BRASILIS*, PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM UM ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As Ações Afirmativas, por ser tema demasiadamente recente na pauta política de nosso país, geram, ainda, muitas controvérsias. Mas estas controvérsias constituem um fator positivo, pois tendem a ampliar significativamente as discussões sobre o tópico, e quiçá viabilizar sua utilização como instrumento definitivo de combate às diversas formas de discriminação existentes entre nós.

Tais políticas, há muito, começaram a fazer parte das pautas de discussões jurídicas em nosso país a partir dos anos 90, e se intensificaram fortemente com a adoção do sistema de cotas nos exames vestibulares de algumas universidades públicas, destinadas para o acesso de afrodescendentes e alunos carentes ao nível superior da educação formal. No entanto, a própria Constituição Federal de 1988 já albergava, expressamente, algumas Ações Afirmativas.

O que é interessante ressaltar é que diante de várias previsões constitucionais que legitimam a aplicação da discriminação positiva, somente vislumbramos a implementação da mesma em alguns lugares de nosso Estado-Nação, como já mencionado, como medidas pontuais.

Infere-se, portanto, a nossa carência em projetos nacionais e integrados, de maior alcance, que possam, enfim, combater a discriminação ilegítima da maneira em que ela se apresenta, ou seja, de forma estrutural.

O tema de isonomia sempre foi previsto em nossos textos constitucionais, que a trataram com maior ou menor profundidade.

Podem-se catalogar, no Brasil, pelo menos três importantes categorias de sujeitos em relação aos quais se têm procurado estabelecer medidas concretizadoras para a superação da igualdade meramente formal: a dos deficientes físicos, a das mulheres (igualização material no tocante ao gênero) e a dos negros ou afrodescendentes.

No que diz respeito aos deficientes físicos, é importante ressaltar, com Luiz Alberto David Araújo, que:

O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência [...] A deficiência, portanto, há que ser entendida levando-se em conta o grau de dificuldade para a integração de uma falha sensorial ou motora, por exemplo [...] (ARAÚJO, 1994, p. 24-25).

Maria Teresa Eglér Mantoan, por sua vez, ressalta que uma “pessoa portadora de deficiência é aquela capacitada para o trabalho em virtude de um treinamento especializado, respeitada a sua limitação física, visual, auditiva ou mental.” (MANTOAN, 1997. p. 47).

Durante muito tempo, as pessoas portadoras de deficiência estiveram em situação de manifesta sujeição, que chegou a criar até uma condição de marginalidade. O movimento reivindicatório teve início quando começou seu processo de auto valoração e elas passaram a se reconhecer como integrantes da sociedade. Todavia, a preocupação de amparar e promover a inserção e reinserção das pessoas portadoras de alguma incapacidade já estava presente nos primórdios da humanidade, mas foi somente depois da Primeira Guerra Mundial que a reabilitação profissional tomou lugar nos debates sociais e começou a ser implantada. A partir de então, vislumbrou-se a necessidade de reabilitar os soldados mutilados. Pequenas tarefas, como pintura e fabricação de enfeites, foram atribuídas àqueles em condições de andar ou usar as mãos, resgatando-lhes a dignidade.

Não há dúvida de que apenas com o estabelecimento de Ações Afirmativas os deficientes físicos poderão ombrear com outras pessoas no tocante à igualdade de oportunidade material. Assim, em boa hora o art. 37, VIII da Constituição da República,¹⁸ regulamentado pelo art. 5º, § 2º,¹⁹ da Lei n. 8.112/90 instituiu a reserva de vagas em concursos públicos para os mesmos, em uma clara demonstração da opção do constituinte da instituição de uma igualdade material e da constitucionalidade das medidas afirmativas. Conforme assinalou Rocha:

[...] o que se tem pela regra do art. 37, inciso VIII, da Constituição da República é a expressão ou a revelação do que se contém no princípio da igualdade jurídica, segundo a concepção dinâmica e positiva do constitucionalismo contemporâneo: cota ou percentual de cargos ou empregos públicos reservados a uma categoria desigualada historicamente

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

¹⁹ § 2.º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desigualando, agora, positiva e afirmativamente.²⁰

Além dessa ação afirmativa estabelecida em prol dos deficientes físicos, outras duas devem ser mencionadas: a) o art. 93 da Lei n. 9.213/91,²¹ sensível à desigualdade no acesso ao emprego dessa categoria de sujeitos na iniciativa privada, estabeleceu que as empresas deveriam empregá-los em percentuais mínimos, conforme o tamanho da atividade empresarial; b) o artigo 24, XX, da Lei n. 8.666/93,²² que prevê a possibilidade de contratação pela Administração Pública de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, mediante dispensa de licitação.²³ Quanto às distinções injustificadas de gênero, o Poder Legislativo já tomou um importante passo no rumo da superação das desigualdades materiais entre homens e mulheres reconhecida-mente existentes no Brasil. Trata-se da Lei n. 9.504/97²⁴, que em seu art. 10, § 3.^o²⁵, estabeleceu que pelo menos 30% das candidaturas dos partidos políticos brasileiros deveriam ser reservadas para cada sexo, permitindo-se, assim, que esse patamar mínimo fosse reservado às mulheres,²⁶ o que somente ocorreu por causa da pressão feita pelo movimento feminino.²⁷

A mulher negra tem ainda mais acentuada sua situação no tocante à representação política, bastando lembrar que nos seus mais de 400 anos de história, a Câmara de Vereadores de São Paulo teve apenas duas mulheres negras (ASSOCIAÇÃO..., 2006). Não se tem notícias da alegação de inconstitucionalidade desses dispositivos legais. Há ainda o direito social fundamental de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante Ações Afirmativas específicas previstas em lei, inscrito no art. 5º, XX, da Constituição da República.²⁸

Por fim, também na concretização da igualdade material entre as raças pode atuar as Ações Afirmativas. No Brasil, no entanto, como já comentado, existiu e existe uma tentativa de negar a importância da raça como fator gerador de desigualdades sociais por uma parcela significativa dos setores dominantes.

²⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa: O conteúdo...* Op. cit., p. 292.

²¹ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

§ 1.º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

²² Art. 24 - É dispensável a licitação: XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

²³ Carmen Lúcia Antunes Rocha observa que "a hipótese de dispensabilidade de licitação por associação de portadores de deficiência física, desde que atendidas as condições da regra, significa o acolhimento, no Direito infraconstitucional, de tratamento favorecido em razão de situação peculiar de marginalização e dificuldades socioculturais com repercussões econômicas a que se sujeitam os associados da entidade descrita. Por isso mesmo é que, para se ter uma igualação que a sociedade não promoveu por si, o Direito afirma um favorecimento que conduz a uma condição igual no movimento da norma, que se faz pela aplicação e criação de situação social concreta." (ROCHA, 1996, p. 293).

²⁴ O artigo 11, parágrafo 3.º da Lei n. 9.100/96, que antecedeu no tempo a Lei n. 9.504/97, previa que o percentual de 20% das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por mulheres.

²⁵ § 3.º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

²⁶ Essa lei teve como precursora a experiência semelhante feita pelo Partido dos Trabalhadores, em 1991, que estabelecia a cota mínima de 30% de mulheres nas direções partidárias. Essa ação afirmativa foi aprovada no 1.º Congresso do PT, realizado entre 27 de novembro e 01 de dezembro de 1991. Em 1993, a Central Única dos Trabalhadores adotou medida semelhante.

²⁷ A Lei n. 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho também pode ser lembrada como medida de correção de rumos no tocante ao direito das mulheres.

²⁸ XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

O racismo existente no Brasil foi dissimulado pelo mito da democracia racial, acabando por inviabilizar também o entendimento jurídico do problema. Em nossa pátria, o racismo desenvolveu-se de modo diferente que em outros lugares, como nos EUA e África do Sul, por exemplo. Aqui, ele está presente nas práticas sociais e nos discursos, mas não é reconhecido pelo sistema jurídico e é negado pelas pessoas (SILVA, 2006b). A exclusão do negro e do afro-brasileiro tem sido debatida em diversas análises de natureza sociológica e antropológica, e é até mesmo constatável a partir da simples visualização de dados estatísticos (indicadores socioeconômicos do IPEA, IBGE, PNUD-ONU etc.) (SILVA, 2006b). O movimento negro, nas últimas décadas, tem engendrado intensas lutas pela redução da discriminação racial, conseguindo algumas poucas, mas importantes, conquistas, sinalizando uma significativa mudança de atitude em praticamente todos os segmentos sociais brasileiros. A conquista mais importante, porém, foi o reconhecimento da existência de discriminação na sociedade brasileira, ainda negada por alguns, o que permitiu a realização dos questionamentos pertinentes e, posteriormente, a implantação de algumas Ações Afirmativas que tinham por critério as diferenças de raça e (ou) cor. (ATCHABAHIAN, 2004). Depois de 1988,²⁹ o movimento negro reorganizou-se e procurou denunciar o “mito” da democracia racial,³⁰ pressionando o Poder Público para que encontrasse respostas para os problemas raciais que se apresentavam e indicasse propostas de políticas públicas a serem implementadas em favor da população negra. Dentre as reivindicações apresentadas estavam as seguintes: incorporar o quesito cor nos sistemas oficiais de informações referentes às pessoas; estabelecer incentivos fiscais às empresas que adotassem programas de ações afirmativas;³¹ instalar a Câmara Permanente de Promoção da Igualdade no âmbito do Ministério do Trabalho, com a finalidade de diagnosticar e propor políticas de promoção da igualdade racial no acesso ao emprego, regulamentar o artigo da Constituição Federal que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos; conceder bolsas remuneradas a estudantes negros de baixa renda; promover o acesso dos negros a cursos profissionalizantes e à universidade e assegurar a representação proporcional dos grupos étnicos-raciais nas campanhas de comunicação do governo etc.

Em 1995, o Presidente da República instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para desenvolver políticas de valorização e promoção da população negra, que implementou algumas medidas, mas de quase inexpressivo alcance. No dia 13 de maio do ano seguinte³² foi lançado o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH) pela recentemente instituída Secretaria de Direitos Humanos, que tinha como objetivos, dentre outros, “desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta”, “formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a população ne-

²⁹ Embora tenham havido outros registros sobre discussões a respeito das ações afirmativas antes da Constituição Federal de 1988, como a manifestação dos técnicos do Ministério do Trabalho e do TST favorável à criação de uma lei que obrigasse as empresas a contratarem um percentual mínimo de pessoas de cor e o projeto de Lei n. 1.332/83 apresentado pelo então deputado federal Abdias Nascimento que determinava a reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para homens e 20% para mulheres negras (que não foi aprovado), foi com o atual texto constitucional que os debates e lutas pelo fim das discriminações se intensificaram.

³⁰ O caminho já havia sido aberto pela própria Constituição Federal que, ao instituir medidas de combate à discriminação, já a tinha como presente na sociedade brasileira.

³¹ Algumas empresas já adotam medidas de afirmação racial, com o objetivo de promover a promoção da igualdade material dos negros, como, por exemplo, a Levi's Strauss, que começou com essa política em 1970 e mesmo assim só conseguiu compor seu quadro funcional com 10% de negros, o Banco Real, a Xerox do Brasil, o Banco de Boston e a Fundação Ford.

³² Ainda em 1996 foram realizados dois grandes seminários visando discutir as ações afirmativas, um promovido pelo IPEA, denominado “Ações Afirmativas: estratégias anti-discriminatórias”, e outro pelo Ministério da Justiça, intitulado “Multiculturalismo e racismo: o papel das ações afirmativas nos estados democráticos contemporâneos”, revelando o início e o implemento do debate sobre ações afirmativas no Brasil.

gra” e “apoiar as ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva.” (PROGRAMA..., 1996). De fato, muitos indicadores, com relevo para os elementos estatísticos e levantamentos de órgãos governamentais, registram o tratamento desigual a que está submetido o afrodescendente brasileiro, relegado às atividades de baixo intelecto, qualificação, *status* e escolaridade. Leva-se em consideração nesta assertiva que a utilização de dados estatísticos, para se comprovar a existência de fatores ligados à discriminação e ao racismo, é um recurso cada vez mais utilizado em diversos setores e que encontra guarida na doutrina brasileira.³³

O trabalho de Ricardo Henriques enveredou por esse caminho, ao traçar um diagnóstico da desigualdade racial no país, com base na análise das informações domiciliares extraídas das Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (Pnad), de 1999 e em dados de Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (HENRIQUES, 2006). Dentre as várias investigações produzidas por esse autor tem destaque a composição racial da pobreza, a qual revela que os negros, em 1999, representavam 45% da população brasileira, mas correspondiam a 64% da população pobre e 69% da população indigente. Os brancos, por sua vez, são 54% da população total, mas somente 36% dos pobres e 31% dos indigentes. (HENRIQUES, 2006). Ocorre que, ainda segundo Henriques, dos 53 milhões de brasileiros pobres, 19 milhões eram brancos, 30,1 milhões pardos e 3,6 milhões, pretos. Entre os 22 milhões de indigentes, 6,8 milhões eram brancos, 13,6 milhões pardos e 1,5 milhão, pretos. Entre os pardos tínhamos 48,4% de pobres e 22,3% de indigentes. Na população de cor preta esses valores eram, respectivamente, 42,9% e 18,3%. Isso fez com que Ricardo Henriques concluísse da seguinte forma: “[...] a constatação incontornável que se apresenta é que nascer de cor parda ou de cor preta aumentava de forma significativa a probabilidade de um brasileiro ser pobre.” (HENRIQUES, 2006). Outros dados estatísticos nacionais, que seriam importantes frisar, são os subsídios colhidos junto ao IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), ainda em 2001. Por nossa pesquisa junto aos indicadores sociais de 2014 deste Instituto, se constatou que no Brasil entre o 1% mais rico, quase 88% deles são de cor branca, enquanto entre os 10% mais pobres quase 68% declaram-se de cor preta ou parda (IBGE, 2006). E, continuando pelos dados do IBGE, esta desigual apropriação da renda no País segundo a cor das pessoas se via agudizada em alguns casos como o da Região Metropolitana de Salvador: entre o 1% mais rico só se contava com 23% de pessoas desta cor. Entretanto, no extremo dos 10% mais pobres, mais de 90% eram pretos ou pardos. Em outras palavras, a concentração de renda nas mãos da minoritária população branca de Salvador era sobejamente elevada, sendo acompanhada de perto pelo Estado da Bahia como um todo (IBGE, 2006). Frente a isso, surge a questão: o que explicaria essa desigualdade de renda entre brancos e negros?

Uma das explicações plausíveis, é novamente o que nos traz Ricardo Henriques, ainda em seu estudo publicado em 2001, o que no cenário atual, como podemos notar, não modificou de maneira substancial. Para este autor, grande parte dos motivos está na heterogeneidade da escolaridade brasileira. A escolaridade média da população adulta com mais de 25 anos no final do século 20 era de cerca de 6 anos de estudo, enquanto a de um jovem branco da mesma idade, tem cerca de 8,4 anos de estudo. O diferencial é de 2,3 anos de estudo. A intensidade dessa discriminação racial, expressa em termos da escolaridade formal dos jovens adultos brasileiros, é extremamente alta, sobretudo se lembramos que se trata de 2,2 anos de diferença em uma sociedade cuja esco-

³³ Nesse sentido, ver, Cruz (2005, p. 141); Gomes (2001, p. 32-33); Vilas-Bôas (2003, p. 48-65).

laridade média dos adultos gira em torno de 6 anos (HENRIQUES, 2006, p. 26-27). O IBGE também mostrou isso em seu relatório anteriormente citado:

A população jovem de 20 a 24 anos também mostra níveis expressivos de desigualdades raciais. Para 53,6% de brancos cursando educação superior em nível de graduação tem-se apenas 15,8% de pretos e pardos, embora o percentual de pré-vestibulandos seja semelhante para ambos (4,9% e 4,3%, respectivamente). Isto porque, nesta faixa etária, 44% de pretos e pardos ainda se encontram cursando o ensino médio e um percentual bastante elevado (34,2%) cursa o ensino fundamental. Chamam a atenção a Região Metropolitana de Salvador, a Região Metropolitana e o Estado de São Paulo, onde mais da metade de pretos e pardos que estuda, nesta faixa etária, ainda cursa o ensino médio. As desigualdades raciais entre brancos e pretos são um pouco menores no total do Nordeste (1,5 ano) e no Sul (1,3 ano), compreendendo nesta última as suas regiões metropolitanas. Na Região Metropolitana de Porto Alegre, por exemplo, a diferença de anos de estudo entre brancos e pretos chega a 1,1, metade, portanto, da média nacional. Chama a atenção o fato de que uma das maiores desigualdades entre brancos, pretos e pardos - 2,8 anos de estudo entre os dois primeiros e 2,2 entre os primeiros e os últimos - são encontradas na Região Metropolitana de Salvador, justamente onde a população relativa de pretos e pardos está entre as mais significativas do País (82%). (IBGE, 2006).

Não resta dúvida de que, por estes índices apresentados (e, diga-se de passagem, de anos passados, ou seja, como é de conhecimento de todos a situação não melhorou!) tarda a aplicação de políticas públicas positivas para a inclusão social de grupos marginalizados como os afrodescendentes, para que nós possamos alcançar a efetivação dos direitos humanos fundamentais em nosso país.

Sendo assim, surgem algumas questões que, para completar a presente pesquisa, após caracterizar o cenário estatal em que nos inserimos, bem como a (in)efetividade de preceitos fundamentais (sociais) constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio constitucional da igualdade, seriam importantes para fundamentar uma posição em favor das Ações Afirmativas: No atual cenário de crise pelo qual passa nosso Estado-Nação, tendo um modelo estatal de Estado Democrático de Direito, exposto por nossa carta constitucional, as Ações Afirmativas (ou discriminação legítima/positiva) são mecanismos concretos para a busca da efetividade do princípio da igualdade substancial para a participação/inclusão de indivíduos considerados excluídos pela sociedade?

A resposta a esta pergunta, sob nossa ótica, é afirmativa.

Entende-se que as Ações Afirmativas devem ser entendidas como medidas indispensáveis, mormente no Brasil, à efetivação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do pluralismo e da concepção substancialista da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Todavia, mostra-se também que para isso deve-se lutar contra um outro paradigma que se faz dominante em nível mundial, todavia com reflexos imensos e negativos para nosso país, caso não o supere-se, terá plantado danos irreversíveis em nossa Nação, a globalização meramente econômica de plataforma neoliberal que, peca pelo reducionismo do evento a seus aspectos econômicos, esquecendo-se de elementos sociológicos essenciais à compreensão dos fenômenos de segregação que acontecem entre os indivíduos.

Ora, é gritante a evidência de que, no Brasil, são cediços os fatos que retratam a gritante miséria, como fruto da desigualdade econômico-social que assola sua população.

Não se pode esquecer de que a desigualdade de renda implica em distanciar o país de qualquer padrão considerado, no cenário mundial, como razoável em termos de justiça distributiva.

Pode-se concluir que na sociedade brasileira convivem brancos, índios e descendentes de africanos escravizados, hoje sob um regime capitalista competitivo e de exclusão, no qual a origem étnica e a classe a qual pertence o indivíduo, o qualifica numa posição social que implica em desigualdades no acesso às condições básicas de sobrevivência, moradia, saúde, alimentação, educação e trabalho, ou seja, em uma vergonhosa inefetividade dos direitos humanos sociais fundamentais.³⁴

Aliás, tais direitos, sem dúvida, são direitos inerentes à dignidade da pessoa humana; possuem relação aos direitos do homem, e como afirmava Norberto Bobbio, com a sapiência que lhe é indiscutível, “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-lo, e sim protegê-los.” (BOBBIO, 1990, p. 25). Todavia, sabe-se muito bem que a exclusão que provoca as desigualdades que mencionamos anteriormente tem, em nosso país, um fulcro preconceituoso; por exemplo, utilizando o exemplo de discriminação ilegítima racial, conforme nos traz Ricardo Henriques: “A pobreza no Brasil tem cor. A pobreza no Brasil é negra. Nascer negro no Brasil está relacionado a uma maior probabilidade de crescer pobre.” (HENRIQUES, 2002, p. 29). Aqui pode-se ver mais uma vez o porquê da necessidade das Ações Afirmativas em *terrae brasilis*, visto que em nossa sociedade são poucas as pessoas que possuem o direito da dignidade humana e conseqüentemente o da igualdade substancial, completamente resguardado, principalmente quando falamos do preconceito racial que assola nossa sociedade.

Por isso, acompanhamos, mais uma vez, o pensamento de Flávia Piovesan para quem:

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. Nesse sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Elas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos. (PIOVESAN, 2014).

E o que se vê no Brasil são situações de extrema desigualdade verificadas em determinados grupos da população, os quais, no entanto, são tratados sem qualquer distinção.

³⁴ Neste aspecto nos reportamos àquilo que foi argumentado em favor dos direitos sociais, no Capítulo 1, subitem 1.3, os quais, para nós, entendemos ser direitos humanos fundamentais

Desta forma o princípio da igualdade que hoje se persegue não mais se revela num conceito jurídico formal, restrito a impedir privilégios injustificados e discriminações baseadas na hierarquia social.

A retórica da neutralidade estatal com sucedâneo no aforismo “a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie”, cede lugar à igualdade substancial, de fato, que deve buscar propiciar aos socialmente desfavorecidos as mesmas oportunidades estendidas aos demais membros da coletividade, em que as situações desiguais passam a ser tratadas de maneira desigual.

As Ações Afirmativas, sejam apoiadas em políticas compensatórias ou distributivas, consubstanciam-se num instrumento valoroso de promoção social em um Estado Democrático de Direito e, nesse contexto, sem dúvida, encontram guarida no princípio da igualdade material.

Temos que ter claro, como já se expôs, que a discriminação positiva, diante da realidade brasileira, não se restringe ao mercado de trabalho e também somente para prevenir a discriminação. E mais, não se limita apenas a iniciativas governamentais.

Não se pode esquecer ainda que a temporariedade integra o conceito destas ações, e também possuem como elementos a compulsoriedade, a voluntariedade, a busca da igualdade de oportunidades; e as medidas direcionadas à área da educação, saúde e do emprego.

Há objetivos bem definidos nestas políticas, porém não estanques. Todavia temos como principais a igualdade de chances, na forma de inclusão social, a mudança no imaginário coletivo e a criação de exemplos na comunidade.

Quanto à mudança do imaginário coletivo, o Direito tem papel fundamental nesta seara, visto o mesmo dever atuar como guardião dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, primordialmente de sua dignidade. Ele é o instrumento de efetividade aos princípios e normas jurídicas, não podendo, ao contrário, obstaculizar o seu desenvolvimento.

Aliás, quando mencionamos a importância do debate sobre os direitos humanos que, com certeza, as Ações Afirmativas são mecanismos de efetivação dos mesmos, pode-se referir, com **Morais**:

[...] que deve ser percebida, no âmbito do Direito, pelo necessário reconhecimento e proteção através de garantias suficientes e eficientes; no âmbito da Política, pelo seu acatamento, respeito e promoção; e, no âmbito da Sociedade Civil, pelo apego aos seus conteúdos já consolidados e pela busca de salvaguardas aos novos desafios, além da moldagem de estratégias sociais de proteção e promoção independentes daquelas postas à disposição pelo Direito Positivo. (MORAIS, 2003, p. 64).

Não obstante isso, entende-se que, tais ações positivas não só respeitam os princípios abordados no Capítulo 1 deste livro, como também são capazes, usando como exemplo até mesmo os últimos dados apresentados na pesquisa norte-americana (abordada no subitem 2.3.3) de produzir medidas que diminuam as barreiras da desigualdade social, afastando-se assim as teses apresentadas pelos críticos de que possam vir a reforçar as desigualdades entre os indivíduos.

Sendo assim, é com este último comentário que finda-se esta pesquisa, certos de que se posicionou de maneira efetiva pela confirmação de que as políticas públicas denominadas Ações Afirmativas são mecanismos temporários eficazes para a efetividade dos direitos humanos fundamentais em nosso Estado Democrático de Direito, principalmente como instrumentos de defesa a

um ataque constante das políticas econômicas globalizantes neoliberais, e que devem ser mantidos pelo poder Público, principalmente através da efetivação de decisões judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se chegar a conclusão desta obra, tem-se que, o Estado brasileiro, desde que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, prega pela equiparação jurídica dos segmentos da população socialmente excluídos de longa data, como aqueles fatores de raça, cor e sexo. A política das Ações Afirmativas é um dos mecanismos que vem fazer com que esta diferença entre classes, raças, etc. seja reduzida.

Diante de toda a pesquisa realizada, parece claro que o ordenamento jurídico brasileiro não só autoriza o Estado a promover as políticas das Ações Afirmativas, mas sim as impõem a fim de que sejam alcançados os direitos fundamentais com fulcro no artigo 3º da nossa Carta Magna, pois na sua redação temos o emprego de verbos como “erradicar, reduzir e promover”, devendo o Estado desenvolver um comportamento ativo, positivo.

Com a mudança do pensamento sobre a aplicação da Constituição, da legislação infra-constitucional, e do Direito como um todo, pode-se vislumbrar outras condições de possibilidade para a efetivação das políticas de inclusão social, onde haverá com isso, pela nossa ótica, uma transformação do imaginário social.

O fato da sociedade ainda acreditar que exista um lugar demarcado para cada cidadão, abrindo cada vez mais o abismo que existe na ordem social, está dentre os motivos do Estado ter a maior dificuldade em resgatar essa dívida social, das promessas não cumpridas da modernidade (STRECK, 2004, p. 27) bastando, para provar isso, ou seja, este déficit do imaginário social, a produção/aplicação do Direito ainda estar enraizada num pensamento liberal-individualista.

Neste sentido, ficou claro que, o Direito haveria que ultrapassar as feições de um ordenamento lógico-racional, de cunho liberal-individualista, assumindo estampas de um sistema diferenciado, não somente regulando as relações particulares, mas, também, solucionando conflitos de natureza social.

Advoga-se a tese de que, infelizmente, a grande maioria dos juristas pátrios, com seus posicionamentos teóricos de matriz liberal-individualista-normativista, de caráter excessivamente dogmatizante, não têm mostrado alternativas (nem mesmo interesse) na construção do denominado Estado Democrático de Direito, mostrando assim a sua inefetividade na concretização dos direitos fundamentais, sejam de quaisquer gerações.

O que acontece com esta postura é que não se permite a integração dos pontos de vista valorativos, ligados a justiça material no processo judicial, o que representa ignorar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a exigência estabelecida no próprio preâmbulo de nossa Constituição.

Verifica-se que é imperioso construir uma sociedade com bases na Dignidade da Pessoa Humana, podemos notar que a isonomia almejada no art. 5º da Constituição Federal de 1988 nos autoriza a tratar as pessoas iguais de forma idêntica e as diferentes entre si, de forma diferenciada.

Mais do que isso, ficou claro que a dimensão material do princípio da igualdade importa num direito a prestações ou ações positivas fáticas (o próprio Estado as realiza) ou ações positivas normativas (aprovação/instituição de atos normativos que estabelecem Ações Afirmativas).

Não se pode esquecer que seguindo este argumento, é relevante comentar o direito à diferença, que necessariamente deve estar presente nos debates e discursos da arena política (democracia), bem como a defesa e a busca constante pela diversidade.

Nesse contexto, nota-se que é possível tratar de forma diferenciada determinados grupos de pessoas nos casos em que a Constituição admite, ou seja, para compensar ou corrigir uma diferenciação injusta pré-existente. Assim, mesmo os grupos excluídos que não foram expressamente citados na Constituição, como é o caso dos negros,³⁵ podem ter um tratamento de favorecimento que será legítimo não só por ser autorizado pela Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, mas também por ser recomendado pela Constituição como forma de realizar dois dos objetivos principais da República, quais sejam o de integração e de igualdade.

Por fim, não se pode negar que a estrutura da sociedade brasileira é injusta e que grande parte dessa injustiça é fruto do secular preconceito e discriminação. A responsabilidade de superar as desigualdades e alcançar a democracia é de toda a sociedade; portanto, cabe não somente aos operadores do direito, mas a sociedade como um todo, formular mecanismos institucionais de comprometimento do Estado e da sociedade.

Nesse contexto, as Ações Afirmativas ganham relevância na medida em que são uma resposta concreta para um problema que o Brasil deve superar para construir uma sociedade justa e igualitária, visto que a democracia pressupõe a igualdade.

Por isso, do entendimento exposto durante esta pesquisa. Da crença de que tais políticas positivas não ferem o princípio da igualdade, pois as razões para implementação das mesmas são mais que justificadas. Porém, as Ações Afirmativas não devem ser aplicadas isoladamente, pois deve haver um conjunto de ações para um melhor resultado, tentando evitar assim a inclusão perversa.

Por óbvio que, concomitantemente a esta aplicação pelo Estado e pelo Direito, a sociedade deve despir-se de preconceitos, para que estas políticas positivas não sejam apenas medidas paliativas e, sim, instrumento de mudanças sociais profundas, que provejam aos cidadãos as mesmas oportunidades, provendo, também assim, a democracia.

Esta mudança no imaginário social pode e deve ser feita pelo Direito, de maneira urgente, até mesmo porquê a incapacidade de um povo para perceber os perigos que o ameaçam é um dos sinais mais fortes da depressão autodestrutiva que prenuncia as grandes derrotas sociais.

Ora, o papel do Direito é ser instrumento de transformação social para o resgate de direitos hoje não realizados. Cabe, pois, inevitavelmente, estabelecermos o caminho da reconstrução dos direitos fundamentais estabelecido pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

E a aplicação definitiva de Ações Afirmativas são exemplos verdadeiros de que já estaremos trilhando este caminho. Elas não só respeitam os princípios estudados no segundo capítulo (dignidade humana e igualdade social material), mas, também, são capazes de produzir medidas que diminuam as barreiras da desigualdade social, afastando-se assim a tese de que possam vir a reforçar as desigualdades entre as pessoas humanas.

³⁵ Apesar de a Carta de 1988 não se referir especificamente a políticas de igualação dos negros, reconhece a condição de diferença dessas pessoas. O art. 215 garante o pleno exercício dos direitos culturais; seu § 1º determina a proteção das manifestações culturais dos afro-brasileiros; o art. 216 dispõe sobre o patrimônio cultural brasileiro incluindo bens referentes à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira; e seu § 5º determina o tombamento dos documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos quilombos.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217 p. 61, jul./set. 1999.
- ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 10. ed. São Paulo: Ícone, 2004.
- ARAÚJO, Luiz, Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2 ed. Brasília: Corde, 1997, p. 45.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADVOGADOS. Disponível em <<http://www.aba.adv.br/index.php?action=noticia&id=1370&datanot=29/06/2004>>. Acesso em: 02 jul. 2006.
- ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS, 2004.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho, 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituição](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituicao)> Acesso em 03 jun. 2006.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASHMORE, Ellis. *Dicionário das relações étnicas e raciais*. Tradução Dinah Kleve. São Paulo: Summus, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdade, desigualdades*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 74, 1993.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- DIREITOS humanos. *Dhnet*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos>>. Acesso em: 20 maio 2006
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.147-162
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a pratica da igualdade*, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 235, p. 11, maio. 1955.

FIGUEIREDO, Eurico de Lima. In BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, Co-Edição Renovar, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. O direito como Instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p, 61.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade Racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90*. Rio de Janeiro: IPEA. Texto para Discussão n. 807. jul. 2001. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2001/td_0807.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2006.

HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HERINGER. Rosana (Org.). *Desigualdades raciais e ação afirmativa no Brasil: reflexões a partir da experiência dos EUA*. In HERINGER. Rosana: *A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: IERÊ/UFRJ, 1999.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. In. *Síntese de Indicadores Sociais 2002*. Rio de Janeiro: IBGE, 2003, p. 226-227. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida>>. Acesso em: 22 jun. 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. *A integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema*. São Paulo: Memmon, 1997.

MARTINEZ, Gregorio Peces Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General* 1. ed. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

MARTINEZ, Gregório Peces Barba. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.

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

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Direitos fundamentais*, 1988.

MUNANGA, Kabengele. *O Anti-racismo no Brasil*. In: MUNANGA, Kabengele. *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*. São Paulo: Edusp, 1996.

MORAIS, José Luís Bolzan. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Implementação do direito à igualdade racial. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 9, p. 1123, out. 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Piovesan, Flávia. *Democracia, Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

PROGRAMA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Pndh. Brasília, 1996.

RIOS, Roger Raupp. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (Ajuris), Porto Alegre, v. 1, t. 1, 2004/2005. p. 297.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 33, jul./set. 1996, p. 283-297.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional - As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso direito constitucional positivo. Pato Branco, Revista dos Tribunais. 1989.

SILVA JUNIOR, Hédio. *Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, *Algumas Notas Revisadas sobre Democracia, Igualdade e Ação Afirmativa*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 maio 2006a.

SILVA, Luiz Fernando Martins da; FERREZ JÚNIOR, João. *Ação Afirmativa*. In BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, Co-Edição Renovar, 2006.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros. Disponível em: <www.achegas.net/numero/cinco/_fernando>. Acesso em: 29 jun. 2006b.

STEIN, Ernildo. Prefácio. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e teoria geral do Estado*. São Paulo, Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.