

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

**A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO; AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO
CONSECTÁRIAS DA BUSCA DA EFICAZ APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE**

YURI SCHNEIDER

Orientador: Professor Dr. José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo, fevereiro de 2006.

YURI SCHNEIDER

**A (IN) EFETIVIDADE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO; AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO
CONSECTÁRIAS DA BUSCA DA EFICAZ APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo, fevereiro de 2006.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

S359i Schneider, Yuri

A (in) efetividade os direitos fundamentais no Estado democrático de direito; as ações afirmativas como consectárias da busca da eficaz aplicação do princípio constitucional da igualdade / por Yuri Schneider. -- 2007.

168 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

“Orientação: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes, Ciências Jurídicas”.

1. Direito constitucional. 2. Princípio - Igualdade. 3. Princípio - Dignidade humana. 4. Estado - Ação afirmativa. I. Título.

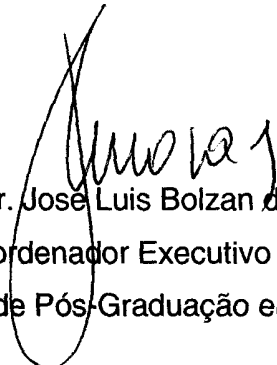
CDU 342

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário: Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "A (in) Efetividade dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito: as ações afirmativas como consectárias da busca da eficaz aplicação do princípio Constitucional da Igualdade", elaborada pelo aluno **Yuri Schneider**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

São Leopoldo, 23 de fevereiro de 2007.


Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dr. Sérgio Augustin

Membro: Dr. Rodrigo Stumpf Gonzáles

Para Ceres Anete, minha mãe e espírito de luz.
Pelo incentivo e crença, incondicionais, em
todas as minhas batalhas e conquistas.
Incondicionais.....

Agradeço a todos aqueles que contribuíram para que a conclusão deste trabalho fosse possível.

Ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos pelas aulas ministradas e o conhecimento repassado.

Ao Professor Orientador, não só pelo estímulo na busca do assunto abordado, mas também, pela orientação e observações pontuais.

Um agradecimento especial à minha Preta (Cristina), pelas horas de paciência nos meus momentos “ensandecidos” e de completa ausência na elaboração deste trabalho.

A todos os meus amigos, mas, principalmente, a Renato Júlio de Almeida, Karin Kramer Pereira e Rodrigo Gonçalves, pelo incentivo e suporte em meus estudos, bem como pela aceitação e paciência para as inúmeras respostas negativas aos seus convites.....

Ao meu Pai. Nele está o fulcro de meus atos vinculados e discricionários. Por ele acredito saber o que fazer, como fazer, quando fazer e, principalmente, em quem acreditar e no que acreditar.

A João e Tomé, meus velhos....de todo coração.

A G.A.D.U., por permitir tudo isso.

RESUMO

Este estudo tem como objetivo evidenciar que as Ações Afirmativas caracterizam-se como um importante instrumento para a realização do princípio da igualdade material ou substancial, frente a um Estado que passa hoje por diversas crises em sua estrutura. Para tanto, a análise traz um estudo acerca destas crises presentes, trata do direito fundamental à dignidade da pessoa humana e principalmente à igualdade e detém-se, por último, nas Ações Afirmativas. Procura-se, assim, demonstrar que os direitos fundamentais podem vir expressos tanto em princípios como em regras constitucionais, e que a igualdade, direito fundamental de primeira dimensão, não pode ser compreendida sob uma ótica puramente formal-subjetiva, própria do liberalismo. Conclui-se, então, que é imprescindível que o Estado deixe sua posição de neutralidade, cuja insuficiência já foi cabalmente constatada, e passe a promover a igualdade material-objetiva, que pode ser realizada por intermédio de Ações Afirmativas.

Palavras-chave: crises do Estado; direitos fundamentais; princípio da igualdade; princípio da dignidade da pessoa humana; ações afirmativas.

ABSTRACT

This research has, as a goal, to make evident that the affirmative action is an important instrument to the fulfillment of a material or substantial equality, in a state that is passing through many crisis in its structure. With the analysis comes a study about the current crisis, fundamental rights to human dignity, with a special focus in the fundamental right to equality, passing to a direct approach to the affirmative action. With this, hopes to demonstrate that the fundamental rights may come in the form of constitutional principles or rules, and that the equality, as a first dimension fundamental right, cannot be understood by a purely formal subjective logic, inherent to liberalism. The conclusion is that it's necessary that the State abandons a position of neutrality, which has a well proved insufficiency, and start to promote an material-objective equality, that can be achieved with the use of affirmative actions.

Keywords: crisis of the state; fundamental rights; equality principle; affirmative action.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| CAPÍTULO 1. CARACTERIZANDO O CENÁRIO ESTATAL; O REFLEXO DAS CRISES INTERCONECTADAS DO ESTADO, APONTADAS POR JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS, NA TRANSFORMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS MECANISMOS DE INCLUSÃO SOCIAL. A NECESSÁRIA ATENÇÃO PARA UM PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO COM PLATAFORMA NEOLIBERAL | 16 |
| 1.1-Considerações Iniciais..... | 16 |
| 1.2-Crises Interconectadas do Estado através da ótica de José Luis Bolzan de Moraes; crise conceitual, estrutural, constitucional (institucional), funcional e política | 21 |
| 1.3- Direitos Sociais, fundamentais? As dificuldades de estabelecimento e asseguaração dos Direitos Sociais como direitos humanos fundamentais, essenciais para a eficácia dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio constitucional da igualdade, frente a um processo incessante de globalização com plataforma neoliberal | 41 |
| CAPÍTULO 2. A TEMÁTICA JURÍDICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE..... | 58 |
| 2.1- Considerações Iniciais..... | 58 |
| 2.2- O Princípio Constitucional da Igualdade. Evolução histórica; Igualdade formal e Igualdade substancial (material). A Igualdade na Constituição Brasileira | 62 |
| 2.3 – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fulcro jurídico do Princípio Constitucional da Igualdade..... | 76 |
| 2.4 – O Princípio Constitucional da Igualdade como base legal imediata das ações afirmativas..... | 88 |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO 3. A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTOS DE INCLUSÃO SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE..... | 94 |
| 3.1- Considerações Iniciais..... | 94 |
| 3.2 – Aspectos gerais de estereótipo, preconceito e discriminação. Discriminação legítima e ilegítima..... | 96 |
| 3.3 – Ações Afirmativas..... | 106 |
| 3.3.1 - Evolução histórica..... | 106 |
| 3.3.2- O Conceito de ações afirmativas; sua natureza, seus objetivos e destinatários | 111 |
| 3.3.3 - Experiência norte-americana e de outros países na aplicação das ações afirmativas | 125 |
| 3.4 – A aplicação das Ações Afirmativas no Brasil; a necessária implementação destas políticas públicas de inclusão social em <i>terrae brasilis</i>, para a efetividade dos direitos humanos fundamentais em um Estado Social e Democrático de Direito | 139 |
| CONCLUSÃO..... | 155 |
| REFERÊNCIAS | 160 |

INTRODUÇÃO

Em um contexto de histórica desigualdade social, como no caso das sociedades de capitalismo tardio, com a adoção de um constitucionalismo marcado pela idéia 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 pesquisa, 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.

O escritor e historiador Hobsbawn¹, em sua obra “*A era dos extremos – o breve século XX 1914-1991*”, divide a história do século XX em três “eras”. A “da catástrofe”, marcada pelas duas grandes guerras mundiais; a “dos anos dourados”, quando o mundo, nas décadas de 50 e 60, se manteve em paz e o capitalismo, estabilizado, promoveu uma extraordinária expansão econômica e profundas transformações sociais; e o “do desmoronamento” que seriam aqueles vinte anos após 1973, em que o mundo teria perdido suas referências e resvalado para a instabilidade e a crise – uma clara alusão ao processo de globalização que transformou radicalmente as relações econômicas, políticas e sociais.

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

¹ HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 130

mundial, caracterizou-se pela crise de paradigmas nas mais variadas áreas do conhecimento humano.

No centro dessa crise, e potencializada pelas idéias 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 absentéista, 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 idéias 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.

Em se tratando de igualdade, com efeito, desde a antiguidade aquela é objeto de estudo pelos filósofos. Entre os pré-socráticos a idéia de igualdade já era presente, e essa igualdade foi posteriormente reconhecida pelo Cristianismo, que a entendia como princípio basilar da existência humana.

Foi, no entanto, com Platão e logo após com Aristóteles, que a igualdade mereceu maiores desenvolvimentos, embora presente nos escritos desses pensadores a idéia de uma desigualdade natural que permitia a exclusão, a priori, de alguns seres humanos, que não eram considerados cidadãos, categoria só integrada pelos “livres” e pertencentes à polis.

Como consequência necessária do direito natural, a igualdade natural do homem é também afirmada, mais adiante, nos grandes textos jurídicos de Roma e na doutrina dos Padres da Igreja, embora o fossem assim considerados apenas perante Deus. Neste contexto, também, surge com suas primeiras forças, a noção de dignidade da pessoa humana, conforme poderemos expor de maneira mais profícua no capítulo destinado a tal importante, e sempre urgente, princípio.

Todavia, como poderá ser verificado no decorrer deste trabalho, a partir da Idade Média desenvolve-se a idéia de que a igualdade deveria estar associada à generalidade da lei, afastando-se a concessão de privilégios, embora alguns continuassem admitindo que a lei persistia sendo genérica, ainda que se aplicasse apenas a um grupo ou classe de indivíduos.

Já no século XVIII, Rousseau, sob a inspiração iluminista, cujos ideais viriam a ser proclamados na Revolução Francesa de 1789, em oposição a Aristóteles, mostra-se contrário à escravidão, assinalando que nenhum homem tem autoridade natural sobre os seus semelhantes e que todos os homens são livres e iguais, sendo as desigualdades nascidas das convenções estabelecidas por eles próprios.

O pensamento daquele filósofo influenciou, posteriormente, os movimentos revolucionários que ocorreram no século XIX na América do Norte e na França, que deram origem a um elemento capital da política moderna, o constitucionalismo, que acolheu a idéia de uma igualdade de todos perante a lei, de índole puramente formal, representativa e formalizadora da negação de privilégios, anteriormente existente.

É nesse contexto, portanto, que se dá a constitucionalização do princípio da igualdade, que, no Brasil, ocorreu pela primeira vez na Constituição do Império, em 1824, e hoje encontra-se esculpido no art. 5º da Constituição Federal vigente.

Paulatinamente, porém, a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se

constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido e desprovido das oportunidades que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados, ou seja, não protegendo o princípio que seria a base imediata da igualdade, o qual seria o da dignidade da pessoa humana, surgindo, daí, a necessidade de adoção de uma nova perspectiva de análise do princípio da igualdade, que levasse em consideração sua dimensão material.

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.

Um dos motivos de realização deste estudo foi justamente esta característica, cujo objetivo é analisar as denominadas políticas ou medidas de discriminações positivas, tendo em vista que constituem uma importante ferramenta para a superação da igualdade meramente formal e representam um momento de superação e de transição dessa espécie de igualdade para a igualdade material ou substancial.

Portanto, a estrutura da presente dissertação passa, a partir do Capítulo 1, a destinar-se, como já mencionado, ao estudo do cenário estatal, analisando as suas (des)construções, como bem sugere José Luis Bolzan de Moraes ao mencionar as *crises interconectadas*, principalmente em nosso Estado-nação, onde veremos os reflexos destas nos direitos humanos sociais, principalmente em se tratando das políticas de inclusão social.

Já na abordagem do direito fundamental à igualdade, no Capítulo 2, 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, entendemos 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 consecutório 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.

Cumprido ressaltar que o método a ser utilizado nesta pesquisa será o **método hermenêutico-linguístico**, a partir de Lenio STRECK: “como uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica de linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e faticidade, onde a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada nem sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade”².

Sendo assim, iniciamos a partir de agora a presente dissertação, analisando o Estado e sua estrutura apresentada para que possamos, após isso, trabalharmos as Ações Afirmativas e sua base de sustentação.

² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 19.

CAPÍTULO 1 - CARACTERIZANDO O CENÁRIO ESTATAL; O REFLEXO DAS CRISES INTERCONECTADAS DO ESTADO, APONTADAS POR JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS, NA TRANSFORMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS MECANISMOS DE INCLUSÃO SOCIAL. A NECESSÁRIA ATENÇÃO PARA UM PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO COM PLATAFORMA NEOLIBERAL.

1.1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para podermos abordar nosso entendimento do mecanismo de inclusão social denominado Ações Afirmativas, entendemos, antes de mais nada, ser necessário adentrar na seara do cenário atual de Estado, para que possamos vislumbrar de uma maneira eficiente a presente conjuntura em que vivemos, tanto em nível mundial, como principalmente no Estado brasileiro.

Ou seja, para falarmos em Ações Afirmativas, direitos humanos, princípio da igualdade constitucional, dignidade da pessoa humana, faz-se necessário, por nossa ótica, partirmos de um ponto de referência, ou melhor dizendo: onde nos situamos? Qual o momento em que vivemos? Que cenário nos é apresentado para podermos aplicar/efetivar mecanismos de inclusão social, como as Ações Afirmativas? E melhor, quais os reflexos que temos em nossa nação, daquilo que Lenio Luiz Streck sugeria, ou seja, da implantação das promessas da modernidade³?

Para isso, utilizamos neste capítulo o exemplo privilegiado dos argumentos expostos nas obras do jurista José Luis Bolzan de Moraes, quando o mesmo nos aponta suas idéias concretas, latente-presentes, de “*crises interconectadas do Estado*”, que acompanhamos em sua completude.

A constante evolução do conceito de Estado é tema complexo, fundamentalmente em face às constantes modificações do mesmo.

³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise....*, Op. cit., p. 27.

Isto porque o Estado contemporâneo passa, ainda hoje, por diversas transformações refletidas nas já mencionadas “*crises interconectadas*”⁴.

A luta pela construção de um Estado comprometido com a realização dos direitos humanos, principalmente falando nesta pesquisa, dos direitos e garantias fundamentais, e as barreiras enfrentadas para sua manutenção são desafios constantemente abordados por uma teoria crítica do Direito e do Estado.

O Estado contemporâneo vive um momento marcado por forte antagonismo: de um lado, constitui-se numa associação política de dominação, em que os governados se encontram sujeitos a uma ordem que confere legitimidade a tal domínio, acrescido ao fato de a própria natureza humana inferir ao homem um comportamento voltado à busca do poder sobre todos; do outro, encontra-se marcado por princípios que amenizam e buscam minimizar essa dominação, através de institutos aperfeiçoantes do regime democrático, limitadores da expansão do poder do governante ou respectivo detentor do poder.

Esses princípios “*democratizantes-liberais*” têm a sua origem no momento histórico da própria Revolução Francesa, com o surgimento do Estado de Direito, como forma de limitar a ação do governante diante dos direitos do cidadão. Entretanto, tal limitação não significou, necessariamente, um avanço da própria democracia enquanto persecução da igualdade formal e material entre todos, na perspectiva dos direitos humanos.

Os debates em torno do remodelamento constante da democracia em busca de formas concretas que privilegiem a participação popular no maior número possível de momentos decisórios da atividade estatal advêm, sem dúvida, de uma crise de legitimidade por que passa o Estado contemporâneo.

Esse tem sido o alvo de inúmeros juristas, tendo em vista as perniciosas conseqüências oriundas desse contexto, pois a perda de legitimidade por parte do poder estatal desconfigura a própria natureza do Estado enquanto persecutor do interesse público, com danos incomensuráveis à própria sociedade, especialmente de ordem sociológica, enquanto poder constituído na busca do bem-comum.

⁴ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 130

As transmutações ocorridas no Estado moderno, especialmente nas concepções do Estado absolutista – marcadas pelo pensamento de Jean Bodin e Thomas Hobbes -, à superação deste mesmo Estado para o Estado de direito, marcado pela liberdade dos cidadãos em relação ao Estado e pela igualdade entre esses mesmos cidadãos, em que se encontram como expoentes John Locke e Immanuel Kant – foram efetivadas com o objetivo maior de limitar a ação do poder estatal, reduzindo-o ao mínimo a fim de obter legitimidade, o que não era mais possível com o Estado absolutista.

Contudo, pode-se afirmar que houve inegáveis avanços em proveito da ordem econômica perquirida pela burguesia crescente, através de instrumentos que possibilitaram liberdade suficiente para a necessária acumulação de capital do sistema capitalista. Tal contexto, ressalva-se, não obnubila os avanços do Estado de Direito em relação ao Estado absolutista.

Entretanto, o crescimento das demandas sociais fez com que o Estado de Direito, também consignado enquanto um Estado liberal, fosse avolumado em um número de ações e atividades cada vez maiores, a fim de suprir as necessidades da sociedade tanto na área social quanto na econômica.

Da idealização de um Estado mínimo passou-se a um Estado interventor, voltado à satisfação dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração como o fomentador das atividades econômicas.

Nesta senda, afirmou Lucas Verdú⁵:

“Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar o primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”

Essa nova configuração estatal constitui o chamado “Estado social de direito”, que teve seu espaço solidificado do final do século XIX até a Segunda Guerra Mundial.

⁵ Apud; SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Num sentido de evolução constante do Estado, especialmente pelo fato de o Estado Social poder embasar regimes tanto democráticos quanto ditatoriais, surge o Estado Democrático de Direito, que possui uma grande característica, a atuação do indivíduo cidadão diretamente na gestão e no controle da administração pública. Mais do que isso, como diria José Luis Bolzan de Moraes, “... *teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao welfare state neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade.*”⁶

Essa configuração estatal tem por base uma ampliação significativa do princípio democrático, numa busca cada vez maior de legitimidade ao poder público, através da aproximação dos processos decisórios da sociedade civil.

Todavia, há outras perspectivas quanto ao Estado Democrático de Direito, as quais acompanhamos, como a defendida por Lenio Luiz Streck, configurando-o decisivamente pelo deslocamento do poder, que, no Estado de direito, pertencia ao Legislativo (ordenador) e, no Estado social, ao Executivo (fomentador).

No Estado Democrático de Direito, vê-se o deslocamento deste poder ao Judiciário, como poder capaz de efetivar a implementação dos direitos sociais descritos na Carta constitucional: “*Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito*”⁷

E, continuando o pensamento de Lenio Streck:

“O Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.”⁸

⁶ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política...*, Op. cit., p. 130.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, Op. cit., p. 93/94.

⁸ *Ibidem*, p. 55.

Não obstante essa dualidade de concepções às quais se somam outras, vê-se no Estado Democrático de Direito, a subsunção dos avanços que acompanham o processo de transmutação do Estado (Estado de direito e Estado social de direito), na busca da igualdade formal e material através de mecanismos possibilitadores (sejam judiciais ou participativos) de uma efetivação dos direitos sociais.

A persecução dos fins do Estado Democrático de Direito tem de consubstanciar-se na prática, sendo a participação popular um dos caminhos, não excludente de outros (como a via judicial), pois o Estado, como ordem coativa, conforme o modelo kelseniano, encontra-se em confronto com a sociedade, colocando em xeque a sua própria legitimidade.

Ademais, o Estado, em inúmeras situações, tem sido incapaz de atender às necessidades básicas da sociedade, mesmo às consubstanciadas nos textos constitucional e infraconstitucional. É claro que isso se dá por uma crise estrutural⁹ do Estado, como mencionaremos adiante. Basta a análise dos direitos sociais consagrados no texto constitucional pátrio para obter uma exemplificação maior. Nessas se incluem as falsas promessas da modernidade ainda não consubstanciadas - promessas de igualdade, liberdade, paz perpétua e dominação da natureza -, que surgem nos primórdios do modernismo no século XV e perseguem o Estado moderno¹⁰.

Essa constatação agrava ainda mais o quadro brasileiro, pois se dispõe de uma Constituição que externa o Estado Democrático de Direito como um princípio constitucional, mesmo sem a anterior concretização do Estado Social, criando um abismo social que deve ser superado a fim de se alcançar a própria efetivação do Estado Democrático de Direito.

E neste abismo social que deve ser superado, trazendo como exemplo, e já identificando a ligação do cenário estatal com o objetivo da presente pesquisa, podemos identificar as Ações Afirmativas como um dos instrumentos em políticas públicas para a efetivação/concretização do Estado Social e Democrático de Direito.

⁹ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política*Op. cit. p.140.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente - contra o desperdício da experiência*. São Paulo. Cortez. 2000, p. 24.

Com fulcro no princípio constitucional da igualdade, aquelas são, sem dúvida alguma, um dos mecanismos eficazes para a inclusão social em um Estado que passa hoje por diversas crises, não somente a crise de legitimidade como abordada anteriormente.

Por isso, interessante se faz abordar as diversas formas de crise existentes no Estado, para que assim se possa vislumbrar de uma maneira mais clara onde está inserida a problemática de uma não concretização de uma política de inclusão social necessária em nosso país, objetivando, após isso, abordar o atual posicionamento/aplicação/asseguramento dos direitos humanos no processo de globalização econômica de plataforma neoliberal, pois, a não aplicação destes (direitos humanos) reflete diretamente como uma das causas da inefetividade dos direitos fundamentais, mormente se falando nos direitos sociais.

1.2 – CRISES INTERCONECTADAS DO ESTADO; CONCEITUAL, ESTRUTURAL, CONSTITUCIONAL (INSTITUCIONAL), FUNCIONAL E POLÍTICA. UMA ANÁLISE SOB E SOBRE A ÓTICA DE JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS

As crises por que passa o Estado contemporâneo foram objeto de abordagem de vários autores da Teoria do Estado e Ciência Política, no entanto, como já mencionado alhures, para os fins propostos nesse estudo, ou seja, o de apresentar o atual cenário estatal em que vivemos, para somente assim inserirmos a idéia da possibilidade de inclusão social através das ações afirmativas, adotou-se como base principal a classificação realizada por José Luis Bolzan de Moraes, em sua obra conjunta com o autor Lenio Luiz Streck, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*¹¹, bem como outra obra do autor Bolzan de Moraes, a qual seria uma continuação de seus estudos a respeito das crises do Estado em conjunto com a transformação histórica/constitucional dos Direitos Humanos, intitulada *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*¹², na qual se encontram, de forma detalhada, as dificuldades enfrentadas pelos Estados nacionais, especialmente a partir das últimas décadas do século passado quando a crise da economia e,

¹¹ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política*....., Op. cit.

¹² MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

sobretudo, as propostas para a sua superação passam a interferir com vigor no aparelho estatal.

Pois bem, ao tratarmos do tema das crises interconectadas do Estado, é interessante começarmos a abordagem a partir da ótica da *crise conceitual*¹³ do edifício estatal, onde se faz necessário atentar para a idéia de que os conceitos de Estado e de Direito têm sofrido drásticas modificações desde a segunda metade do século XX, o que nos sugere uma reavaliação crítica quanto aos processos de formulação e execução da política externa.

Mais do que isso, importante é salientar que o contexto de discussão da crise conceitual do Estado está atrelado incondicionalmente a uma das bases do tripé do Estado moderno, o qual seria o tópico da soberania, visto esta ser o foco da crise abordada.

E, como foco em todo o mundo no seio do pensamento teórico, da esquerda à direita neoconservadora, esta crise de um entendimento de soberania do Estado permanece como um grande desafio a ser enfrentado na recente virada do século, principalmente no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos.

Temos então a clara idéia de que as crises do Estado mantêm suas raízes não somente em crises de natureza econômica ou financeira, mas mais do que isso trata-se de uma crise de identidade estatal.

Torna-se fácil explicar a existência desta crise latente no Estado contemporâneo, de seu conceito, quando temos presente em nossa realidade a transformação do tempo e do espaço, em uma velocidade estrondosa.

Sim, pois, as informações contemporâneas, utilizando a novíssima tecnologia, rompem as fronteiras estatais, deixando clara a idéia de Octavio Ianni, quando o mesmo assegura não existir mais “sociedades nacionais”, mas sim “a sociedade global.”¹⁴

Falar em idéia de Soberania - tratada pela primeira vez em *Les Six Livres de la Republique*, de Jean Bodin, em 1576, caracterizando-se historicamente como um poder juridicamente incontestável - é, conforme o pensamento de Bolzan de Moraes, falar de um saudosismo pela falta dos vínculos que circunscrevem esta soberania¹⁵.

¹³ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política*...., Op. cit, p. 129

¹⁴ IANNI, Octavio. *A Sociedade global*. 11.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.35.

¹⁵ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição*... Op. cit. p. 26.

Cabe frisar que o entorno político-filosófico acerca dos processos globais e regionais hodiernos, resultantes da intensa interdependência transnacional, ainda busca suas próprias estruturas balizantes, particularmente no que tange à soberania nacional.

Necessário para isso - e se faz importante-, mencionar o lato debate acerca da modernidade, como síntese histórica primaz das correções das injustiças sociais, remontando-nos a apontar o que afirmou Ernildo Stein, quando citou Jürgen Habermas, dizendo que a modernidade é um projeto inacabado¹⁶. De fato, faz-se necessário o equacionamento crítico da soberania nacional (*summa potestas*), diante das vertiginosas mudanças culturais, tecnológicas, sociológicas, enfim, mudanças fronteiriças veladas, ou seja, o sujeito cognoscente diante do desterritorializante processo de globalização e regionalização.

E, para entendermos este processo de crise soberana, deve-se dar atenção a esta caracterização do atual contexto da modernidade¹⁷.

Nesta senda, utilizamos interessante entendimento de Zygmunt Bauman, para quem, a modernidade é “leve” e “líquida” e não mais uma modernidade “pesada” e “sólida”¹⁸.

Menciona o autor que a leveza e a “fluidez” são associadas à mobilidade e à inconstância. Para o autor, a modernidade não foi fluida desde sua construção, mas acontece, sim, como um fenômeno contemporâneo, porém já apontada na frase “*derreter os sólidos*”, existente no Manifesto Comunista. Para Bauman, a expressão “*derreter os sólidos*”, existente no Manifesto, não trazia o desejo de eliminá-los e construir um novo cenário sem sólidos, mas, sim, a idéia seria “*limpar a área para novos e aperfeiçoados sólidos; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso, não mais alterável.*”¹⁹

¹⁶ STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2001, p.11.

¹⁷ Quanto ao tema, importante referir o entendimento de Lenio Streck, para quem, “*O (dominante) discurso neoliberal – atravessado/impulsionado pelo fenômeno da democracia delegativa (e aqui, o autor utiliza expressão de Guillermo ‘ODonnell, onde o mesmo sugere tal expressão pois “democracia delegativa, fortemente individualista, com o corte mais hobbesiano do que lockiana), adjudica sentidos em nosso cotidiano, tentando convencer-nos que a modernidade acabou.*” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...* Op. cit. p.21.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.

¹⁹ *Ibidem*, p.09.

O “*derretimento dos sólidos*” apresentou uma nova roupagem no atual contexto da modernidade, um sentido de nova formação de metas.

Os “*sólidos*” mencionados por Bauman, hoje são os “*padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro.*”²⁰

Seguindo o pensamento de Bauman, a “*modernidade fluida*” exige que sejam revisitados velhos paradigmas e dogmas, visto que se apresentam como estando mortas e ainda vivas. Aduz o autor: “... *a questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou – se não for – como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz.*”²¹

E o debate que se coloca sobre a crise conceitual do Estado, mais precisamente quanto à idéia de soberania, no cenário da globalização e dos processos de integração, passa a ser exatamente o mesmo apontado nestas metáforas de Zygmunt Bauman.

Em se tratando da discussão da idéia de soberania estatal e reflexos das transformações de um Estado moderno, ao compararmos tais aspectos da modernidade com a realidade no Brasil, temos novamente como importante referir o pensamento de Streck quando aponta que:

“Para a elites brasileiras, a modernidade acabou. Tudo isto parece estranho e ao mesmo tempo paradoxal. A modernidade nos legou o Estado, o Direito e as instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. Em um primeiro momento, como absolutista e depois como liberal, mais tarde o Estado transforma-se, surgindo o Estado contemporâneo sob as suas mais variadas faces. Essa transformação decorre justamente do acirramento das contradições sociais proporcionadas pelo liberalismo”.²²

E continua o jurista gaúcho:

²⁰ Ibidem, p.13.

²¹ Ibidem, p. 15.

²² E nesta mesma linha cabe mencionar o apontamento de Lenio Streck sobre os dizeres de Boaventura de Souza Santos quando este expõe que “*esse Estado, também chamado de Estado de providência ou Social, foi a instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista*”. E continua o constitucionalista gaúcho: “*Esse tipo de Estado, segundo os neoliberais, foi algo que passou, desapareceu, e o Estado simplesmente tem, agora, de se enxugar cada vez mais. Para os neoliberais, complementa o mestre português, ele (o Estado) é, agora, uma instituição anacrônica, porque é uma entidade nacional, e tudo o mais está globalizado*”. STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.....* Op.cit. p.22.

“No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve(há) é um simulacro de modernidade. Como muito bem assinala Eric Hobsbawn, o Brasil é um monumento à negligência social, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado no Sri Lanka empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas de modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o “*establishment*” apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista neoliberal”.²³

A idéia de soberania, ao lado de povo e território, representou um dos alicerces tradicionais da formação do Estado Moderno. No entanto, as noções de desterritorialização e reterritorialização, ínsitas ao fenômeno da globalização atual, redefinem os conceitos de soberania nacional, em especial quanto ao seu conteúdo.

A soberania, como poder supremo, se tornou elemento essencial do Estado Moderno, inicialmente através da supremacia da monarquia com o rei sendo o detentor de vontade incontrastada diante de outros “poderes” da época, tais como a nobreza e senhores feudais. Ou seja, o poder era absoluto e perpétuo, pois não sofria qualquer limitação inclusive quanto à sua duração. Submetia-se apenas às leis divinas e naturais.

Em um segundo momento, com Rousseau, a soberania sai das mãos do rei, do soberano, passando a sua titularidade ao povo, que consubstancia a sua vontade geral no contrato originário do Estado, e dá um caráter racional a este poder soberano. No decorrer do século XIX, ela se desenvolve para uma idéia de emanção do poder político, e, posteriormente, outorgando ao Estado, transformar-se-á em característica fundamental do aparelho estatal.

Pode-se dizer então, conforme Bolzan de Moraes, que “*a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontrastável*”, e através dele “*se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas*”.²⁴

²³ Ibidem. p. 25.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política*.... Op. cit. p. 130

Essa definição expressa as dimensões da soberania adquirida/construída pelo Estado moderno, ou seja, há uma soberania interna e uma externa. Luigi Ferrajoli²⁵ aborda essa dicotomia ao tratar da noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si), dizendo que a soberania interna “*é a história de sua progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito*”. Em relação à soberania externa afirma ser a história de sua progressiva absolutização, tendo seu auge na primeira metade do século XX com a deflagração de duas grandes guerras mundiais.

A globalização e, posteriormente, o modelo neoliberal, com suas profundas transformações, não só econômicas, mas também no âmbito social e político, apresentam uma nova e inusitada realidade aos Estados nacionais, pois a descomunal força adquirida pelos conglomerados empresariais transnacionais e a formação das chamadas comunidades regionais (União Européia, Nafta, Mercosul, por exemplo) tiveram papel fundamental na relativização da soberania estatal, porquanto o Estado vai continuamente perdendo a sua condição de centro único e autônomo de poder, de sujeito exclusivo da política, de único protagonista na arena internacional e de ator supremo no âmbito do espaço territorial²⁶.

É claro que o processo de globalização não foi montado todo de uma só vez, mas é certo que o mesmo acirrou-se a partir do contexto do segundo pós-guerra. A partir de então, nesse momento de reconstrução do mundo, percebe-se uma forte tendência à internacionalização do capital, desenhada pela busca de espaços mais amplos e desregulamentados.

Neste contexto, Octávio Ianni²⁷ menciona três formas de tendência à internacionalização. Na primeira, o capitalismo organiza-se em moldes nacionais, sintetizando a sociedade civil no Estado à medida que define as formações sociais nacionais. A partir de então, o capitalismo assume sua segunda forma, atravessando fronteiras, mares e oceanos. Nesse momento, subsistem e florescem as formações econômicas nacionais, na mesma proporção em que se desenvolvem e prosperam os

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.03.

²⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição.....*, Op. cit., p. 28.

²⁷ IANNI, Octavio. *A Sociedade.....* Op. cit, p.35.

sistemas mundiais. Metr6poles simbolizavam pa6ses dominantes, e coloniais, dependentes e associados. No entanto novas transforma76es emergem.

Na sua terceira forma, o capitalismo assume perfil propriamente global; 6 quando, o autor citado repara no decl6nio dos Estados-Na76o, tanto os dependentes como os dominantes.

Com isso, ap6s despir-se de algumas de suas prerrogativas econ6micas, pol6ticas, culturais e sociais, o Estado 6 redefinido, debilitando-se. Por isso se esvai e acaba perdendo seu escudo e soberania estatal.

Esse 6 apenas um dos objetos pelo quais se podem mirar as insufici6ncias e defici6ncias do Estado contempor6neo. Se for verdade que a globaliza76o, dentre outros fen6menos da contemporaneidade, tende a borrar as fronteiras dos Estados nacionais, deve-se falar, ent6o, de uma crise da soberania enquanto base de uma crise conceitual do Estado.

Por 6bvio que esta n6o se trata de uma crise isolada ou desconectada dos avan76os e retrocessos que marcam os passos do Estado contempor6neo sob outros aspectos. Ao lado dessa crise conceitual, in6meras outras podem ser apontadas a partir do atual cen6rio de (in)sufici6ncias e (d)efici6ncias que marcam o Estado contempor6neo.

Contudo, n6o podemos nos atrelar 6 id6ia de que o Estado possa desaparecer. Existe, sim, uma nova no76o de sua dimens6o, por seus elementos constitutivos n6o mais servirem para tal fun76o.

Os paradigmas povo, territ6rio e soberania, principalmente o 6ltimo, devem ser revisitados, todavia, atentando para os reflexos negativos ao car6ter social em um esfacelamento dos Estados nacionais, da cultura, da economia, da pol6tica e da personalidade. 6 claro que com outras bases de apoio e n6o aquelas que, como comentado anteriormente, trazem-nos saudosismo, mormente falando do conceito de soberania.

Entretando, n6o querendo afastar o presente trabalho do principal objetivo, o qual seria o apontamento das A76oes Afirmativas como reflexo de uma pol6tica p6blica eficiente na inclus6o social, abordamos, nesse ponto, as mudan76as estruturais da pol6tica nacional e internacional que v6m provocando profundas transforma76es no poder do Estado, mas mais do que isso, na promo76o dos direitos humanos.

Por isso é que se faz importante mencionar a crise conceitual do Estado, mormente o seu aspecto mais afetado, o qual seria a noção de soberania.

Finalizando este aspecto da crise conceitual, o que é relevante salientar, principalmente neste trabalho, é que, como menciona Bolzan de Moraes, esta crise atinge indistintamente a todos os Estados Nacionais, com maior ou menor intensidade.

E aduz o autor:

“...o modelo de Estado construído na modernidade, com sua tríplice caracterização (...) já não consegue dar conta da complexidade das (des)estruturas institucionais que se superpõe hoje. Em vez da unidade estatal própria dos últimos cinco séculos, tem-se uma multipolarização de estruturas, ou da falta delas – locais, regionais, nacionais, continentais, internacionais, supranacionais, mundiais; públicas, privadas, semipúblicas; oficiais, inoficiais, marginais; formais, informais, paraformais; democráticas, autocráticas; etc.”²⁸

E conclui:

“Tais circunstâncias impõem o enfrentamento deste tema não mais a partir de uma fórmula dogmatizada, mas e, sobretudo, desde estruturas abertas que permitam ter presentes tais pulverizações, sem perder de vista as conseqüências de tais possibilidades, assim como o papel fundamental das estruturas públicas estatais no contexto das sociedades periféricas o enfrentamento das desigualdades e na promoção de políticas de inclusão social, o que nos leva a enfrentar o tema da(s) crise(s) que afeta(m) uma expressão peculiar do Estado –dito Moderno-, qual seja a que, a partir de sua formulação moderna, privilegia o seu papel interventivo/transformador, o Estado Social em suas múltiplas facetas.”²⁹

Nesta senda, interessante também referir sobre as demais crises do Estado, as quais, como menciona Bolzan de Moraes, interconectam-se, sendo elas: uma crise estrutural, constitucional(institucional), funcional e política.

Em relação à *crise estrutural*³⁰ do Estado, pode-se afirmar que o foco principal do debate gira em torno das críticas feitas à manutenção do Estado do Bem-Estar Social. Esse perfil estatal foi construído ao longo de anos de lutas sociais com intento de aperfeiçoar a regulação social, ou seja, incorporando na idéia de Estado o trato da regulação para a convencionalmente chamada questão social, até então não aplicado de forma efetiva no Estado liberal de Direito.

²⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição...*, Op. cit. p. 33.

²⁹ Ibidem, p. 33.

³⁰ Ibidem, p. 34-46.

Em razão dessas reivindicações, o Estado vai agregar um sentido finalístico, adquirindo uma função social e transformando-se em Estado Social ou *Welfare State*, obrigando-se a uma atuação interventiva-promocional, ou seja, passa do Estado Mínimo àquele garantidor do bem-estar do cidadão.

Todavia, é importante frisar que, em um primeiro momento, a mudança de transformação da atuação do Estado, deixando de ser mínimo, beneficia outros segmentos da sociedade que não somente as classes trabalhadoras, mas também aponta para outras circunstâncias como investimentos em estruturas básicas no processo produtivo industrial³¹.

Já como outra circunstância, e não menos importante, ressalta-se a democratização dos movimentos sociais que refletiu na abertura de outros caminhos em que ficou estabelecido o crescimento das demandas por parte da sociedade civil, vindo este aspecto ser uma das principais problemáticas do próprio Estado de Bem-Estar, confrontado pelo crescimento da atividade estatal, democracia e burocracia.³²

Pois bem, como se mencionou anteriormente, a essência do Estado Social está calcada na idéia de intervenção, pois a população tem direito a ser protegida independente de sua situação social, e ao indivíduo devem ser garantidos tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, sendo-lhe assegurados não como caridade, mas como direitos políticos³³.

É o que afirma Bolzan de Moraes, no momento em que aponta o *Welfare State* como:

“... aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido, através de mecanismos/prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a questão da igualdade aparece – ou deveria aparecer como fundamento para a atividade interventiva do Estado.”³⁴

A constitucionalização desse modelo estatal começa a ser construído com as Constituições Mexicana, em 1917, e a de Weimar, em 1919. Embora não uniformes, haja vista vincular-se intrinsecamente a uma conjuntura econômica específica, o Estado Social

³¹ Ibidem, p. 35.

³² Ibidem, p. 36.

³³ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986. p 416

³⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição...* Op. cit., p. 37-38.

apresenta características que lhe dão unidade: a intervenção do Estado, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico no sentido de cumprimento de sua função social.

E nesse momento surge uma questão: podemos dizer que tais direitos mínimos estariam esgotando a matéria de uma chamada inclusão social?

O que foi mencionado anteriormente pelo autor - o Estado de Bem-estar social estaria visando proteger o cidadão através de mecanismos contra ocorrências de curta ou longa duração-, está, em nosso entendimento, ligado diretamente à noção das Ações Afirmativas, visto estas terem como base a questão da igualdade.

Mas, além disso, como Fernando Scaff³⁵ dizia, a intervenção pública, além de acalmar os reclames dos movimentos sociais, em especial dos trabalhadores, vai permitir também a flexibilização do sistema, garantindo a sua manutenção e continuação e, mais, criando as condições materiais para o seu desenvolvimento.

Essa constante intervenção estatal com intuito social promoveu a democratização das relações sociais, o que vai desaguar na formulação de um Estado Democrático de Direito, que pode ser resumido como o aprofundamento do Estado de Direito e do *Welfare State*, pois, a par da questão social, agrega-se ou qualifica-se pela busca da *igualdade*. O conteúdo deste modelo representa um *plus* ao Estado Social, pois impõe à ordem jurídica e à ação estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*.

Esse modelo de Estado, para sua institucionalização, seja como aprofundamento do liberalismo, seja como sua negação, caracterizou-se por crises, avanços e recuos, marchas e contramarchas. Contemporaneamente, seus maiores opositores encontram-se entre os denominados neoliberais, pois preconizam abertamente o fim do Estado de Bem-Estar em face da alegada incompatibilidade funcional com a globalização econômica³⁶.

³⁵ SCAFF, Fernando F. *A responsabilidade do Estado intervencionista*. S. Paulo: Saraiva, 1990

³⁶ Conforme Streck, "A globalização neoliberal-pós-moderna coloca-se justamente como o contraponto das políticas do welfare state. Aparece como a nova face/roupagem do capitalismo internacional. Nesse contexto Arruda Jr. chama a atenção para o fato de que estamos diante de um frenesi teórico e prático representado pelos discursos apocalípticos antimodernos, onde a globalização neoliberal é vista como sinônimo de modernização. Na verdade, acrescenta, o que nos é vendido como prova de modernidade dá os claros sinais de uma barbárie, a barbárie neoliberal que, a título de guardar identidade com a filosofia pós-moderna, traz como resultado sinais de retorno à pré-modernidade, perigo para o qual também alerta André-Noël Roth, ao denunciar que a globalização nos empurra rumo a um modelo de regulação social neofeudal, através da constatação do debilitamento das especificidades que diferenciam o Estado moderno do feudalismo: a) a distinção entre a esfera privada e esfera pública; b) a dissociação entre o poderio político e o econômico; e

Nesta linha de raciocínio, podemos nos apoiar no pensamento de René Antônio Mayorga, estudioso da “modernidade” latino americana, que afirma:

“A América Latina onde o Estado de Bem-Estar jamais chegou a estabelecer-se e consolidar-se como na Europa social democrática, tem agora menos perspectivas de desenvolvimento do que há décadas atrás e os processos de redemocratização em andamento encontram-se num contexto de crise econômica generalizada, não havendo capacidade para resolver os problemas da acumulação, a distribuição equitativa dos benefícios econômicos e, simultaneamente, democratizar o estado.”³⁷

E Streck, complementa:

“Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *Welfare State* têm conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social foi – especialmente no Brasil- pródigo(somente) para com as elites, enfim, para as camadas médios-superiores da sociedade que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia...”³⁸

E, atualmente, é nessa linha de pensamento que continuam se balizando os ideais neoliberais, visto buscarem, a qualquer custo, a minimização do Estado, nunca indo contra a sua natureza.

E é por isso que Streck conclui seu pensamento dizendo que:

“Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera pois sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas”³⁹.

É claro que o próprio autor comenta não poder afastar a idéia de que as lutas políticas são importantes, através dos poderes Executivo e Legislativo e de todos os movimentos sociais.

c) a separação entre as funções administrativas, políticas e a sociedade civil”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise..* Op. cit. p. 23.

³⁷ Apud. STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política ...*, Op. cit, p. 73

³⁸ Ibidem, p. 75.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.....* Op. cit. p. 27.

Pois bem, o declínio dessa formulação estatal, de bem-estar social, foi permeado por outras crises, como aduz Bolzan de Moraes, citando Pierre Rosanvalon⁴⁰, as quais seriam uma *crise fiscal*, uma *crise ideológica* e uma *crise filosófica*.

Inserida na crise estrutural, a *crise fiscal-financeira*, que, para alguns, está por trás de todas as críticas e revisões ao Estado Social, aparece já na década de 60, quando surgem os primeiros sinais de desequilíbrio entre receitas e despesas públicas. No início dos anos 70, a crise do petróleo, que redundará numa crise econômica mundial, levará a um acréscimo das despesas públicas e, ao mesmo tempo – e também como conseqüência dessa desestruturação econômica –, à impossibilidade de um aumento da carga tributária em virtude das tensões sociais que caracterizaram esse período histórico. Isso resultará, como inescapável corolário, no crescimento do déficit público, haja vista que as demandas sociais aumentam em razão da recessão econômica mundial e, por outro lado, há a diminuição da arrecadação fiscal. Esses fatos – recessão econômica, debilidade pública e demandas sociais – foram grandes incentivadores para o avanço das idéias neoliberais do “enxugamento” do Estado.

Ao final do século passado, a crise do *Welfare State* alcança os países centrais que se defrontam com demandas sociais há muito superadas, especialmente o desemprego. Nestes (os países centrais) e nos periféricos, as situações transitórias de dependência estatal, razão pela qual aquele modelo se impôs, se tornaram permanentes ou de longa duração. Por conseqüência, as políticas públicas para remediar essas necessidades sociais se transformaram, obrigatoriamente, em programas recorrentes de governo. Essa ampliação e duradoura despesa pública vão resultar em sucessivos déficits públicos, deixando muitas economias em verdadeiro “estado falimentar”. As alternativas – de imediato encampadas pelo projeto neoliberal – situam-se ou no aumento da carga tributária ou na redução das despesas públicas ou, ainda, nas duas concomitantemente. Essa terceira possibilidade é o que, paulatinamente, vem sendo aplicada com o aval de instituições financeiras multilaterais em diversas economias nacionais e, conseqüentemente, fulminando a continuidade do modelo estatal do Bem-Estar Social. Isso, sem falar, é claro, da presença

⁴⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição...* Op. cit., p. 39.

das novas tecnologias que transformaram o cenário de trabalho em filas enormes de desemprego e exclusão social.

Mencionam-se, ainda, as *crises ideológica e filosófica* que atingiram o Estado Social.

A primeira poderia também ser denominada de crise de legitimação, haja vista que se estabelece em torno da capacidade de organização e gestão dessa forma estatal. Com efeito, a partir dos anos 80, ocorre o embate entre a democratização do acesso ao espaço público da política, pois há o aumento de *locus* de participação política, o que impulsiona as demandas sociais, e, por outro lado, a burocratização para formular respostas a estas pretensões, ou seja, a política cede lugar à decisão tecnoburocrática. Saliente-se que não raras vezes a demanda política se vê frustrada pelo caráter técnico da solução apresentada. E, não podendo esquecer as palavras de Norberto Bobbio a esse respeito, “*enquanto a democracia tem uma trajetória ascendente, a burocracia faz o percurso inverso, ou seja descendente.*”⁴¹.

Trata-se, por isso mesmo, de um processo peculiar de expansão jurídica, e até certo ponto revelador do grau de desarticulação organizacional do próprio Estado. É a crise generalizada do Estado brasileiro do ponto de vista de sua legitimidade, de sua capacidade funcional e de sua competência técnica — crise essa que se traduz pela sua flagrante incapacidade de exercer, de modo minimamente congruente, seus papéis de provedor de serviços básicos, promotor de novas relações sociais, planejador de atividades econômicas, produtor de bens estratégicos, prestador de serviços essenciais e executor de políticas sociais e programas de ajuste macroeconômicos.

No tocante à questão filosófica pode-se dizer, acompanhando Bolzan de Moraes, que, como consequência das anteriores, essa crise atinge o fundamento básico do Estado Social, qual seja: *a solidariedade*. A incapacidade do Estado de Bem-Estar Social em formular um protótipo antropológico que lhe desse sustentação, sobretudo dispendo sobre agentes dotados da compreensão coletiva, compartilhada e compromissada de ser-estar no mundo. O que se deu, na verdade, foi a transformação do indivíduo liberal em cliente da

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 171.

administração, com a apropriação privada da poupança pública e a distribuição clientelista das soluções estatais e dos serviços públicos⁴².

É inevitável que todas as crises anteriores se reflitam no Direito, principalmente no instrumento da modernidade em que se estabeleceram os conteúdos políticos definidos pela sociedade como a organização do poder político e o asseguramento das liberdades – a Constituição.

Importante referir que, na atual conjuntura de crise estrutural do Estado, com o mesmo esgotado em seus aspectos financeiro, ideológico e filosófico, acreditamos que o Direito deva responder, de um lugar afastado do Estado, estes clamores de uma sociedade que não tem esperanças de ver atendidas as políticas de inclusão social. Todavia, deve-se para isso atentar que esse mesmo Direito deve ser visto como Lenio Streck⁴³ já referia, como instrumento de transformação social, pois esta é a ótica do modelo de Estado Democrático de Direito previsto em nossa Constituição, o que não ocorre por haver uma disfunção do próprio Direito e das instituições que são responsáveis por aplicar a lei.

Seguindo esse pensamento é que nos deparamos com a chamada **crise constitucional ou institucional**, principalmente porque a Constituição, sendo um documento jurídico-político, e estando sujeita às tensões sociais e ao jogo dos poderes, não pode se transformar em local de explicitação de programas de governo ao sabor dos influxos econômicos, sob pena de fragilizá-la como paradigma ético/jurídico da sociedade e do poder, conforme bem aduz Bolzan de Moraes⁴⁴.

Todavia, é importante referir, antes de expormos os aspectos desta crise constitucional, a presença latente da crise da legislação pátria como um todo, principalmente em se falando da legislação social.

Pois como até mesmo identificou Lenio Streck,

“É importante observar, no meio de tudo isso, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição”⁴⁵.

⁴² MORAIS, José Luiz Bolzan. de *As Crises do Estado e da Constituição...*, Op. cit. p. 43-44.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, Op. cit. p. 33.

⁴⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição...*, Op. cit., p. 47.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, Op. cit. p. 27.

Essa *crise de legalidade*, comentada pelo jurista gaúcho, pode-se constatar quando temos que, para nossa sociedade, o Estado, diante da crescente inefetividade dessa legislação social, vem reagindo por meio da edição de sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas que, entrecruzando-se continuamente, produzem vários sistemas legais.

O que se apresenta com isso é uma profunda mudança em nosso ordenamento jurídico, que tem como característica a idéia de um direito fechado, hierárquico e axiomatizado substituindo um direito organizado em suas regras sob formas inter-relacionadas com estas múltiplas cadeias normativas, que, entende-se, consigam capturar, pragmaticamente, a complexidade da realidade socioeconômica.

E esse sistema normativo emergente cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões materiais. A clássica distinção entre interesses privados comuns e coletivos, por exemplo, não é mais capaz de ocultar que, muitas vezes, a tutela legal de alguns é conflitante com a proteção de outros, mormente em se falando em políticas de inclusão social como as Ações Afirmativas.

Ao nos depararmos com o crescimento deste modelo, temos o surgimento de um aumento incessante de novas regras e matérias regulamentadoras, em que se constata o esvaziamento da função das leis e uma grande ampliação das obrigações deste rol legal, que é repassado para a magistratura, para que essa possa livremente apresentar a argumentação e fundamentação de suas sentenças, em que teremos por óbvio a possibilidade de decisões divergentes entre si. E, além disso, temos presente a desvalorização da Constituição em preferência a estas (novas) legislações.

Por isso, num sistema jurídico formado de maneira viciada por leis de circunstância e regulamentos momentâneos de necessidade - condicionados por conjunturas específicas e transitórias -, a velocidade e a intensidade na produção de normas constitucionais, leis ordinárias, portarias, instruções normativas e decretos leva o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das regras quanto dos atos que disciplina.

Por esse motivo, talvez, as leis que abordaram a matéria de discriminação ou políticas inclusivas em nosso Estado-Nação não tenham tido eficácia plena, além de outros fatores inerentes a um Estado que passa, como dito anteriormente, por diversas crises.

Ao provocar a desvalorização do instrumental normativo que o Estado tem ao seu dispor, o tipo de legislação descrito nos dois últimos parágrafos tem sido um dos principais fatores responsáveis tanto pelo agravamento das tensões entre a estrutura do processo de negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela crise econômica, quanto pelo crescente grau de inefetividade do poder de regulação, direção e intervenção do Estado nessa matéria.

No primeiro caso, essas tensões são apresentadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas consagradas como direitos e convertidas em obrigações do Estado, os sindicatos, os movimentos comunitários, as entidades representativas, as associações religiosas e as corporações muitas vezes vêem suas conquistas formalmente consagradas em textos legais não atendidos, ou seja, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado seu número de normas, torna-se pesado, ineficaz e impotente.

E, num segundo aspecto, quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa complexa rede regulatória e de pequenos sistemas normativos esse ordenamento jurídico viciado (em termos de quantidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de fachada (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens.

Por isso que, nesse contexto, uma discussão que se impõe é a viabilidade de uma Constituição dirigente, conforme cunhou Canotilho em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*⁴⁶. Conforme o mestre lusitano, nesse tipo de Constituição o legislador ordinário já não é mais totalmente soberano em matéria de direito social e econômico, devendo suas decisões guiar-se por princípios e diretrizes programáticas

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.

definidas pelo poder constituinte, os quais podem ter caráter negativo, mas principalmente positivo, pois estão voltados à consecução de determinadas metas e objetivos materiais. Os governos também ficam vinculados, sob pena de serem acionados judicialmente em face da inconstitucionalidade por omissão. Há, portanto, não uma intervenção estatal temporária ou excepcional, mas, sim, uma regulação permanente, tornando-se uma obrigação constitucional aos dirigentes do Poder Executivo⁴⁷.

Com a emergência do fenômeno da globalização neoliberal há uma relativização da soberania do Estado em virtude da interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação dos grandes blocos comerciais regionais. Estes convertem-se em verdadeiros centros de poder, o que muitas vezes condiciona as ações estatais. Nesse sentido, adverte José Eduardo Faria que “*o sistema político deixa de ser o locus natural de organização da sociedade por ela própria*” e, “*em vez de uma ordem soberanamente “produzida”, o que se passa a ter é uma ordem crescentemente recebida dos agentes econômicos*”⁴⁸.

Por outro lado, há quem defenda, mesmo no contexto da globalização atual, a supremacia constitucional, a força normativa da Constituição e a necessidade de uma Constituição vinculante e programática, como são os casos de Paulo Bonavides⁴⁹ e de Lenio Streck⁵⁰, para quem esse tipo de Constituição “*não é arcaísmo do pensamento político, mas, sim, diretriz e argumento de conservação do pálido Estado de Direito que ainda resguarda na medida do possível a ordem e a liberdade nos Estados da periferia*”.

Por isso que, finalizando o aspecto da crise constitucional ou institucional, decorrente da crise estrutural do Estado, urge a necessidade de uma racionalidade legal nova e capaz de dar conta do componente corporativista que vai caracterizando seu processo decisório; uma racionalidade forjada a partir da consciência, tanto dos legisladores quanto dos próprios líderes empresariais e trabalhistas, de que as formas de relações sociais condicionadas pela interconexão entre as grandes organizações exigem do Estado uma série

⁴⁷ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75.

de papéis originais de intermediação, que somente podem ser exercidas com a colaboração delas. Portanto, uma racionalidade responsável por uma legislação mais pragmática apta a renunciar à regulação exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade forjadas e desenvolvidas no interior dos vários subsistemas sociais.

Há que se repensar doutrinariamente o direito positivo a partir de paradigmas originais e sensíveis tanto à tendência das organizações à autonomia e à independência, na proporção direta de sua capacidade de mobilização, confronto e barganha⁵¹, quanto à emergência dos novos institutos jurídicos especialmente voltados aos setores sociais marginalizados — aqueles que não têm condições de se integrar no processo de modernização econômica.

Esse novo tipo de racionalidade jurídica e essa nova forma de se repensar o direito justificam, no Brasil contemporâneo, em face da já mencionada ruptura da tradicional concepção piramidal do nosso sistema jurídico — um sistema que, tradicionalmente, tem sido apresentado como uma totalidade coerente, como uma ordem unitária que exclui a contradição e a descontinuidade, como um conjunto de normas hierarquizadas e solidárias, vinculadas por meio de relações lógicas e necessárias.

Decorre daí a necessidade de se repensar não apenas o papel dos operadores do direito em seus diferentes níveis, mas o da própria organização judicial e da respectiva cultura técnico-profissional de seu corpo de magistrados. Também decorre daí a necessidade de se tratar com profundidade o desafio da reordenação institucional do país, a fim de se evitar que, em nome da restauração da governabilidade, seja sutilmente promovida a desmontagem de importantes direitos sociais duramente conquistados pelas minorias segregadas após décadas de luta.

Com a mudança do pensamento sobre a aplicação da Constituição, da legislação infraconstitucional, e do Direito como um todo, poderemos vislumbrar outras condições de possibilidade para a efetivação das políticas de inclusão social, e haverá com isso uma transformação do imaginário social.

⁵¹ CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In *Direito Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, José Eduardo Faria org., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 47.

Todavia, para isso, deve acontecer no plano hermenêutico, com bem ensinou Streck;

“...a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista- normativista de produção do direito...”⁵²

Por isso Streck concorda com Luis Alberto Warat, quando este afirma que “*a dogmática jurídica pode indagar, criar e construir. Dito de outro modo, o Direito não pode (mais) ser visto como sendo tão-somente uma racionalidade instrumental*”⁵³.

Este é um dos motivos de o Estado ter a maior dificuldade em resgatar essa dívida social das promessas não cumpridas da modernidade, bastando, para provar isso - ou seja, este déficit do imaginário social, por uma produção do Direito enraizada num pensamento liberal-individualista -, saber que a sociedade ainda acredita que há um lugar demarcado para cada cidadão, abrindo cada vez mais o abismo que existe na ordem social.

Outras duas crises também se apresentam como corolário das primeiras – a *crise funcional* e a *crise política*.

Não menos importante que as outras já mencionadas, a *crise funcional*, ou como bem define Bolzan de Moraes, “*a perda da exclusividade*”⁵⁴, apresentada na multiplicidade dos *loci* de poder, cria um afastamento de centralidade e exclusividade do Estado.

Essa perda de centralidade não pode ser analisada somente por um viés interno (separação/harmonia das funções estatais), mas também, e muito importante nesse ponto, pelo externo, em que temos a invasão de um dos setores da estrutura tripartite pelo outro, quando, por exemplo, as atividades do legislativo são efetuadas pelo executivo, como no caso das Medidas Provisórias, bem como quando o Estado perde a concorrência para outros setores. Isso nos traz a idéia de uma fragilização de um poder perante o outro.

Já em se tratando da *crise política*, é importante salientar que o modelo de democracia representativa, como alternativa possível em uma sociedade transformada historicamente, deixa claro um aspecto de impotência para dirimir as questões sociais.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*.... Op. cit. p. 33.

⁵³ *Ibidem*, p. 27.

⁵⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição*.... Op. cit. p. 50.

A democracia representativa apresenta-se como uma fórmula de pseudoditadura, em que durante quatro anos, o candidato representante de seus eleitores atua da forma que bem entende sem haver a possibilidade de manifestação de seus próprios votantes, ou seja, com tal modelo expressa-se um enfraquecimento do espaço público na política, conduzindo o cidadão a um processo de “*apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes – as eleições*”⁵⁵.

Para isso, acompanhamos, mais uma vez, a idéia de Bolzan de Moraes no que se refere à utilização de fórmulas da chamada democracia participativa⁵⁶, como alternativas possíveis de inserção dos cidadãos novamente no cenário político, ultrapassando os esquemas que caracterizam a democracia representativa, em que o controle público é diminuído.

Aliás, não seria incorreto referir que esta seria a realidade de um sistema político estigmatizado por um profundo déficit de representatividade, gerado pela perversão da proporcionalidade na representação parlamentar no Congresso e pela incapacidade dos partidos de promover agregações de interesses; de um sistema econômico conhecido pela sua ineficiência na formulação, implementação e execução de políticas públicas; de um sistema social caracterizado por crescentes déficits de integração, uma vez que a pauperização de amplos contingentes populacionais, o desemprego e a inflação comprometem os padrões de coesão vigentes; e de um sistema cultural marcado por um déficit de motivação, revelado pelo descrédito com relação às instituições, pela descrença com relação a certos valores éticos e pela apatia.

Finalizando, entende-se que estas *crises interconectadas do Estado* podem ser consideradas o pano de fundo na fundamentação para o déficit crescente da inefetividade das políticas de inclusão social, haja vista, primeiro, a falta de sustentação no edifício estatal concretizado na questão da soberania e sua relativização (crise conceitual), segundo, e talvez a mais ligada à questão das Ações Afirmativas, a problemática estrutural do Estado - em se tratando das crises do *Welfare State*, como as crises fiscal, ideológica e filosófica, bem como do modelo que emerge como uma transformação da fórmula Estado de Direito/*Welfare State*, o qual seria o Estado Democrático de Direito -, as quais apresentam

⁵⁵ Ibidem, p. 55.

⁵⁶ Ibidem, p. 57.

uma perda de terreno para as idéias neoliberais de Estado mínimo, e, em um terceiro momento, uma crise institucional (constitucional), em que vislumbramos de maneira exacerbada uma desconstitucionalização, o desrespeito à Carta Maior, com a inefetividade dos direitos fundamentais, o que é um dos aspectos desta pesquisa, ou seja, a inefetividade do princípio constitucional da igualdade em seu aspecto material.

1.3- DIREITOS SOCIAIS, FUNDAMENTAIS? AS DIFICULDADES DE ESTABELECIMENTO E ASSEGURAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, ESSENCIAIS PARA A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE, FRENTE A UM PROCESSO INCESSANTE DE GLOBALIZAÇÃO COM PLATAFORMA NEOLIBERAL

Depois de analisados os argumentos sobre crises do Estado, através do pensamento de Bolzan de Moraes, cabe-nos agora, antes de objetivarmos a discussão do princípio constitucional da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que será exposto de maneira mais profícua no próximo capítulo, abordar o assunto que entendemos estar ligado diretamente com a crise estrutural do Estado, bem como a crise constitucional, não afastando a interconexão existente destas duas com as crises conceitual, funcional e política, como falado anteriormente.

Trata-se de abordagem sobre os Direitos Sociais previstos na carta maior de nosso país, inseridos na ordem dos direitos fundamentais e que, ao nosso ver, são dispositivos consecutórios para a efetivação daqueles mencionados anteriormente, os quais seriam os princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio constitucional da igualdade, não esquecendo de correlacionar com outros dispositivos não menos importantes, quais sejam, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3º, I, III e IV da CF/88), bem como os princípios seguidos por nosso Estado-Nação em suas relações internacionais, mormente se falando na prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II, da CF/88).

Em verdade, o objetivo convergente deste tópico na presente pesquisa visa discutir e fundar alicerces na idéia de que os Direitos Sociais, aqui principalmente se falando do Art.

6º da Constituição Federal de 1988, devem, sim, ser considerados norma integradora dos Direitos Fundamentais existentes na carta maior.

Tal abordagem é necessária, visto entendermos que o cerne de nossa pesquisa, o qual seria a apresentação das Ações Afirmativas como instrumentos eficientes para uma eficaz política de inclusão social dos grupos considerados marginalizados, aqui se falando dos afrodescendentes, portadores de deficiência, mulheres, homossexuais, etc., tem, na efetividade dos Direitos Sociais Fundamentais o reflexo da aplicação dos princípios ora comentados.

Todavia, há quem diga que tais Direitos não podem ser considerados como direitos fundamentais, pois não restariam elencados como direitos auto-aplicáveis, visto dependerem da ação política do governo, não tendo inclusive instrumentos processuais constitucionais que possam obrigar sua aplicação no âmbito social.

Existem diferentes formas de argumentação que sustentam a inconsistência dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, vale dizer, afirmados universalmente e consagrados no sistema jurídico nacional.

Todas partem do pressuposto de que os direitos fundamentais sociais não são reconhecidos como verdadeiros direitos⁵⁷.

E uma das formas mais comuns de se negar efetividade aos direitos sociais é retirar-lhes a característica de direitos fundamentais, ficando estes, assim, privados de aplicabilidade imediata, excluídos da garantia das cláusulas pétreas, tornando-se meras pautas programáticas.

Baseia-se a doutrina jurídica atual nestes argumentos, a nosso ver, para justificar modelos políticos sociais que se antepõem à idéia central do Estado Democrático de Direito, que afirma ser a observância dos direitos sociais uma exigência ética, não sujeita a negociações políticas⁵⁸.

⁵⁷ KRELL, Andréas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p.23

⁵⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal*, em *Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídica*. Coordenação Beatriz di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1995, p.135.

Os Direitos sociais são uma forma de manifestação dos valores humanos da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Mesmo sabendo disso, é interessante desconstruir alguns argumentos que vão contra a idéia de que os direitos sociais devam ser considerados direitos humanos fundamentais.

Várias são as questões que se colocam atualmente ao se tratar de direitos fundamentais.

Ou seja, a idéia de alguns juristas é de que a questão dos direitos fundamentais, a partir do fenômeno citado, encontra-se num paradoxo entre um dinamismo essencial decorrente da própria noção de direitos fundamentais e uma necessidade de conservar a integridade e a credibilidade da tradição jurídico-teórica dos mesmos.

Para alguns autores, existe, então, um processo de multiplicação de novos direitos que conduz a questionamentos a respeito da adequação desses direitos à característica “fundamental”, ou seja, questiona-se se todos esses direitos são direitos fundamentais. Sob um outro enfoque, poder-se-ia falar de uma desvalorização da noção de direitos fundamentais, isto é, ao se afirmar que todos esses direitos são direitos fundamentais, elevando à mesma categoria a liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX da CF), o direito de proteção em face da automação (art. 7º, XXVII da CF) e o direito ao lazer (art. 6º, caput da CF), haveria uma propagação descabida da própria noção de direitos fundamentais. A partir dessas idéias, caberia, inclusive, distinções entre direitos mais fundamentais e direitos menos fundamentais.

Afetados por essas tendências, há aqueles que, no intuito de conferir um critério para identificar os direitos fundamentais, acabam por afirmar que direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição como tal⁵⁹, reduzindo a noção de direitos fundamentais a um mero critério formal.

O que nos parece é que esse questionamento sobre a noção de direitos fundamentais advém do surgimento e da tipificação dos direitos sociais como direitos fundamentais. Somos levados a crer que talvez esteja aí o cerne das inquietações.

⁵⁹MARTÍN-RETORTILL, Lorenzo. *Regimen constitucional de los derechos fundamentales. In Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988, p. 65.

Observa-se, na doutrina, uma profunda e sintomática dificuldade em lidar com a idéia e o regime jurídico dos direitos sociais, que perdem a característica de valores supremos da ordem constitucional, consagrados na lei magna (arts. 6º a 11º), pertencentes, assim, à categoria dos direitos fundamentais (Título II da Constituição de 1988).

Terminam esses direitos rebaixados na norma constitucional, por uma hierarquia equivocada, em que os mesmos ficam reduzidos a simples normas programáticas à espera de regulamentação para surtirem efeitos.

E o ponto crucial do argumento, que não inclui na categoria dos direitos humanos (fundamentais), os direitos sociais, refere-se a sua universalidade. Argumentos teóricos e práticas políticas e legislativas contestam essa universalidade, separando os direitos sociais dos direitos civis e políticos.

O argumento mais difundido contra a “natureza de direitos humanos” dos direitos sociais refere-se à sua efetividade, pois os direitos sociais se diferenciariam dos direitos civis e políticos pelo fato de terem caráter programático, ou seja, os textos constitucionais ao regularem os direitos sociais estabeleceriam normas de caráter programático, que dependeriam de regulação infraconstitucional posterior e, por essa razão, esses direitos não teriam força de direitos públicos subjetivos.

Mas nem assim, neste aspecto negativo, os direitos fundamentais sociais têm sido observados na realidade brasileira. Na sua grande maioria eles ainda continuam esperando regulamentação, por isso considerados pelos doutrinadores e até mesmo pelos juízes como não obrigatórios de cumprimento.

Ou seja, tais direitos passam a servir como mero ornato ao arranjo político que termina por preservar as desigualdades sociais que a própria Constituição pretende corrigir.

O interessante seria retornar aqui – e não querendo adentrar de maneira mais profunda nos aspectos históricos dos direitos sociais, o que já foi apontado no item anterior quando foram mencionadas as crises do Estado, mormente a crise estrutural –, que a criação de uma ligação entre os anseios das coletividades e o poder, através do poder de voto e um constante anseio dos grupos sociais pressionando os candidatos, viabilizou

indubitavelmente a inserção dos direitos sociais no ordenamento jurídico de vários países. Pode-se afirmar que a crítica ao caráter meramente formal das liberdades acabou por servir de fundamento político-jurídico para a instituição destes direitos.

E, como já abordado, na senda desses fatores, várias constituições passaram a incluir no seu rol de direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, como, por exemplo, pioneiramente, a Constituição alemã de 1919, embora alguns indiquem a Constituição mexicana de 1917 como a precursora deste movimento.

Já no Brasil, inculcida no início da Era Vargas, tal tendência passou a se manifestar a partir da Constituição de 1934, quando, inovando no constitucionalismo pátrio, estabeleceu-se um novo título denominado “*Da ordem econômica e social*”. A Constituição de 1988, porém, foi mais incisiva. Além de conter em seu texto títulos referentes à ordem econômica e à ordem social, inscreveu os direitos sociais no título concernente aos direitos fundamentais⁶⁰.

Pois bem, aquela rejeição política da obrigatoriedade dos direitos sociais pode ser baseada em argumentos teóricos e políticos, e passamos a expor aqueles que entendemos ser os mais utilizados pelos doutrinadores que vislumbram os direitos sociais longe da idéia de aplicabilidade como direitos humanos fundamentais.

Num primeiro momento teríamos uma questão no âmbito do conflito dos direitos, ou seja, em um conflito entre os ditos direitos sociais e os já considerados fundamentais, direitos civis e políticos.

Basicamente esta questão apóia-se no fato de que se os direitos sociais fossem considerados humanos/fundamentais estariam colidindo com os direitos constitutivos do núcleo do Estado liberal, ou seja, as liberdades individuais e a propriedade.⁶¹

Uma outra teoria difundida para o rompimento da ligação dos direitos sociais com os direitos fundamentais seria o fato de autores entenderem aqueles como direitos de segunda ordem a serem, eventualmente, respeitados, ou seja, em caráter subsidiário aos

⁶⁰ Como bem diria o eminente jurista português, Jorge Miranda, ao contrário das liberdades, os direitos sociais e econômicos pressupõem a existência de situações de desigualdade e necessidade entre os seres humanos, e têm por escopo alcançar uma igualdade efetiva através da intervenção do Estado. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social. in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. nº1, out/dez de 1992, p.200.

⁶¹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle* Op. cit., p.47

direitos civis e políticos, mas nunca considerados fundamentais por serem direitos que seriam aplicados somente em certas ocasiões em demandas sociais e econômicas, atentando sempre para a teoria da reserva do possível, como sustenta Ricardo Lobo Torres⁶².

Estes dois primeiros argumentos que apóiam a não ligação dos direitos sociais aos fundamentais estão difundidos na mesma idéia da cultura jurídica contemporânea, sendo que aquela encontra a sua formulação no argumento neoliberal de que os direitos sociais não passam de promessas vazias e que acabam sendo atentatórios às liberdades e direitos individuais.

Aliás, quando falamos em direitos humanos fundamentais, incluído nestes os direitos sociais, não podemos deixar de analisar as transformações e tendências de efetividade em nosso cenário que é afetado em seu cunho social por um constante processo de globalização calcada no neoliberalismo.⁶³

Luiz Roberto Barroso⁶⁴ sustenta que nesta linha de argumentação muitas das normas constitucionais sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para a sua efetivação, acabam servindo como álibi para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade.

Um dos grandes desafios seria o rompimento/desconstrução destas idéias equivocadas sobre a natureza dos direitos sociais, visto as mesmas estarem influenciando no processo judicial, em que grande parte da magistratura brasileira interpreta a Constituição baseada no formalismo jurídico positivista, pensamento este predominante na formação dos profissionais do Direito de nosso país.

Neste sentido, o Direito deveria ultrapassar as feições de um ordenamento lógico-racional, de cunho liberal-individualista, assumindo estampas de um sistema diferenciado,

⁶² TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*, In *Teoria dos Direitos Fundamentais* / Organizador Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, RENOVAR, 1999, p. 262

⁶³ Neste sentido, importante referir, novamente, o entendimento de BOLZAN DE MORAIS, em relação a terminologia empregada “neoliberalismo”, “modo essa não se torne mero jargão panfletário, quando o mesmo refere: *neoliberalismo, pois parece-nos mais adequado aos seus contornos de projeto vinculado ao viés econômico do liberalismo, onde, ao que se vê, há uma intenção não expressa de liberar o capital – e o capitalismo financeiro – das amarras que acabaram por se constituir através, entre outros dos conteúdos liberais dos núcleos moral e político jurídico*” STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política*, Op. cit., p. 129.

⁶⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.61

não somente regulando as relações particulares, mas, também, solucionando conflitos de natureza social.

Advogamos 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 tem mostrado alternativas (nem mesmo interesse) na construção do denominado Estado Democrático de Direito, mostrando assim a sua efetividade na concretização dos direitos sociais fundamentais.

O que acontece com esta postura é que não se permite a integração dos pontos de vista valorativos, ligados à 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.

É por isso que sobre tal aspecto acompanhamos o pensamento de Jorge Miranda⁶⁵, pois, para ele, o simples fato destas normas integrarem texto constitucional, devem ser consideradas na interpretação das outras normas, podendo inclusive contribuir para o preenchimento de possíveis lacunas através de procedimentos de integração como a analogia.

Entretanto, mais do que isso, e nesse aspecto seguimos o pensamento de Flávia Piovesan para quem:

“Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Integram não apenas a Declaração Universal, como ainda inúmeros outros tratados internacionais (ex: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres). A obrigação em implementar estes direitos deve ser compreendida à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, reafirmado veementemente pela ONU na Declaração de Viena de 1993. Compartilha-se assim da noção de que os direitos fundamentais - sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais - são acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância.”⁶⁶

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol. IV, 3ª ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2000. p. 250.

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. *Organismos e Procedimentos Internacionais de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In *Revista Direito, Estado e Sociedade*. N. 12. PUCRJ. Rio de Janeiro. 2002.

Neste ponto, é pertinente ter mencionado este comentário da autora, pois cabe ainda apontarmos alguns argumentos políticos que entendemos ser equivocados a respeito dos direitos humanos e sociais.

Os mesmos encontrariam guarida no fato de que os direitos sociais encontram-se no estágio de sua justificativa e fundamentação recebendo, por isso, impedimentos quanto a sua implementação no Estado Democrático de Direito.

Um dos argumentos político-ideológicos afirma que como os direitos sociais não participaram no momento fundador do Estado de Direito, assim como os direitos civis e políticos, não podem assim ser considerados como direitos de primeira ordem, mas, sim, de segunda.

Todavia, no processo político, social e legislativo de democratização do Estado Liberal de Direito, o seu determinante foi a incorporação dos direitos sociais ao corpo dos direitos humanos fundamentais.

Como se comentou anteriormente, em realidade, a proteção dos direitos civis e políticos, originários do Estado Liberal clássico, passou no contexto do Estado Democrático de Direito a pressupor a realização dos direitos sociais.

Por isso mesmo eles não podem ser considerados categorias jurídicas de segunda ordem, pois a própria natureza dos direitos civis pressupõe a sua corporificação através dos direitos sociais. Essa relação torna-se ainda mais evidente quando constatamos que a plena realização dos objetivos da sociedade democrática de direito, como estabelecido no texto constitucional, tem em seu fundamento dois instrumentos jurídicos político-institucionais, os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos sociais, por outro.

Sendo assim, os direitos sociais, entendidos como igualdade material e liberdade real – constituem uma fonte substantiva, não formal ou adjetiva, dos direitos fundamentais. E essa característica faz com que os direitos fundamentais no quadro do Estado Democrático de Direito sejam tais na medida em que assegurem e estabeleçam direitos sociais.

Seria incorreto pensar os direitos sociais como afastados da idéia de direitos fundamentais, até mesmo porque, citando novamente o pensamento de Flávia Piovesan, e

acompanhando a idéia de que os direitos sociais estão totalmente inseridos numa perspectiva fundamental:

“Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer reconhecimento. A idéia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais.”⁶⁷⁶⁸

Por fim, se traz a lume outro argumento que tem o intuito de afastar os direitos sociais do rol dos direitos humanos fundamentais, o elevado custo orçamentário daqueles direitos para o Estado.

Apoiando-se na “*reserva do possível*”, é um argumento que tem como raízes o pensamento neoliberal contemporâneo.

Baseada em uma ilusória racionalidade que caracteriza esta teoria como limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais.

O contraponto a este argumento estaria no fato de que aqueles que defendem este tipo de ponto de vista não atentarem para a realidade do alto custo do aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Mas o que mais nos deixa preocupado são as idéias que a autora traz de outros juristas internacionais, quando cita em referência os pensamentos sobre direitos econômicos e sociais, pois estas idéias ainda estão enraizadas nas cabeças tanto dos juristas de nosso ordenamento jurídico como naqueles; “*Como explica Jack Donnelly: 'Diversos filósofos e um grande número de conservadores e liberais contemporâneos têm sustentado que os direitos econômicos e sociais não são verdadeiros direitos, sugerindo que a tradicional dicotomia reflete não apenas a gênese das normas contemporâneas de direitos humanos, mas também uma ordem de prioridade entre estes direitos. Maurice Cranston oferece a mais ampla citada versão do argumento filosófico contrário aos direitos econômicos e sociais. Ele afirma que os tradicionais direitos civis e políticos à vida, à liberdade e à propriedade são "direitos universais, supremos e morais". Os direitos econômicos e sociais, contudo, não são universais, concretos e nem possuem suprema importância, 'pertencendo a uma diferente categoria lógica'- isto é, não são verdadeiros direitos humanos. (...) Os impedimentos para a implementação da maior parte dos direitos econômicos e sociais, entretanto, são mais políticos que físicos. Por exemplo, há mais que suficiente alimento no mundo capaz de alimentar todas as pessoas; a fome e mal nutrição generalizada existem não em razão de uma insuficiência física de alimentos, mas em virtude de decisões políticas sobre sua distribuição.'* (Universal Human Rights in theory and practice, Ithaca. Cornell University Press, 1989, p.31-32).”

Ou seja, a escassez de recursos como argumento para a não aplicação dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais afetaria tanto os direitos civis e políticos, exaltados pelo Estado Liberal de Direito, como os direitos sociais; tal argumento ameaça a existência de todos os direitos. É como se no sistema jurídico só fosse possível dirimir solução em igualdade absoluta esquecendo as desigualdades sociais.

Pois bem, após expor alguns dos argumentos que primam pelo afastamento dos direitos sociais da seara dos direitos humanos fundamentais, é importante firmar nosso entendimento, visto ser contrário àqueles, vislumbrando serem os direitos sociais de suma relevância como direitos humanos fundamentais, por se tratar de instrumentos de manifestação e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio constitucional da igualdade material, mormente em se falando de políticas públicas de inclusão social, cerne desta pesquisa.

O Brasil adotou, a partir da Constituição de 1988, a concepção de Estado Democrático de Direito, como um Estado garantidor de práticas democráticas, sobretudo pelo primado dos direitos fundamentais e inseridos nestes os sociais. Objetivou com isso a Carta Magna determinado processo de transformação social que não consegue ser efetivado de forma prática e real.

Contudo, diante de um paradigma de transformação social/globalização e de realização do Estado Democrático de Direito, esta globalização preferencialmente econômica, com plataforma neoliberal, é um dos elementos que impedem a construção daquele modelo de Estado.

Explique-se melhor, o “velamento”⁶⁹ das normas que propiciam a construção desse “novo” modelo de Estado é feita sim de maneira ciente por um determinado paradigma de sociedade/globalizada do próprio Direito, que gera um Estado cada vez menos comprometido com a realização dos direitos humanos (sociais fundamentais!), já que não são premissas de um modelo liberal-individualista.

O Estado assim não intervém como deveria, olvidando-se do cunho social expresso na Constituição Federal de 1988, o denominado Estado Democrático de Direito.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica* Op. cit.

Ora, o constituinte, ao elencar os valores supremos do Estado Democrático de Direito, considerou os direitos sociais como categoria jurídica essencial do regime que pretenderam estabelecer através da Constituição, e, portanto, pertencentes à mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos, ou seja, o próprio constituinte, quando procedeu desta maneira, colocou os direitos sociais como direitos fundamentais que mantêm relações de igualdade com os direitos civis e políticos.

A dificuldade de vislumbrar tal aspecto está naquilo que Lenio Streck referia: este tipo de organização estatal pressupõe para sua plena realização uma hermenêutica peculiar, que supera a “hermenêutica constitucional” (a técnica própria e específica de interpretar a Constituição) tradicional, diferenciando-se em virtude de ser uma hermenêutica em que a Constituição é vista como “uma ferramenta que está à “disposição” do intérprete”, sendo na linguagem heideggeriana um modo-de-ser-no mundo do intérprete⁷⁰.

Uma Constituição, enquanto fórmula política simbolizadora do pacto social, deve possuir um comprometimento com a realização e garantia dos direitos fundamentais, sejam os de primeira geração como os direitos e liberdades individuais, sejam os de segunda geração como os direitos sociais e econômicos e, de terceira geração, os chamados direitos transindividuais, e, mesmo, os de quarta geração, tema ainda novo em nosso ordenamento.

Este tipo de postura negativa aos direitos sociais como fundamentais deita raízes no pensamento liberal de Locke⁷¹, que via nos direitos civis e políticos o núcleo do Estado Liberal, estabelecendo a questão dos direitos humanos em função, exclusivamente, da propriedade. Para este autor, o cerne dos direitos civis e políticos encontrava-se no direito de propriedade, que iria sustentar, proteger e assegurar o produto do exercício da autonomia, da liberdade e do trabalho humano. Ou seja, este sistema primava pela liberdade e igualdade, porém dos proprietários.

Centrado na propriedade e nascido no âmbito do contratualismo, o Direito do Estado Liberal impedia a consideração dos direitos fundamentais sociais por haver se moldado no chamado *império da lei* e no formalismo jurídico abstrato.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*...., Op. cit. p. 194 -198.

⁷¹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret Editora e tradutora, 2005.

Sendo o núcleo normativo principal do Estado Democrático de Direito, os direitos sociais surgiram principalmente como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal.

O que é inexplicável nesta discussão é que passa à margem de nossos teóricos do Direito e do Estado e aplicadores do primeiro a miséria de um povo que atualmente, em sua maioria, vive em uma situação marginal, esquecendo-se o cunho superior e solidário que mantém (ou deveria manter) a Constituição através dos direitos sociais fundamentais.

Os argumentos ilusórios/ardilosos políticos e teóricos utilizados para excluir os direitos sociais do âmbito dos direitos humanos fundamentais evidenciam somente relações sociais e econômicas específicas, centradas na propriedade e na economia de mercado livre e não social.

Em verdade, existe neste mascarado Estado Liberal ativo uma intervenção no domínio econômico que não cumpre em nenhum momento papel socializante, muito pelo contrário, como bem mencionam José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Streck:

“... cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção – a fim de que haja a separação entre trabalhadores e os meios de produção.”⁷²

A superação desse impasse no pensamento social contemporâneo somente poderá ser realizada se os direitos sociais forem considerados, tanto no que se refere a sua fundamentação, como na sua consagração constitucional, sob um paradigma diferente daquele encontrado na teoria liberal do Direito e do Estado.

O Estado Democrático de Direito serve para sedimentar através do procedimento democrático, implementado por indivíduos racionais no exercício dos discursos públicos no espaço da cidadania participativa.

Nesse aspecto, cumpre não olvidar, neste momento, a legitimação dos direitos constitucionais das minorias, as quais são consideradas perante o indivíduo, conforme

⁷² STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política* Op.cit., p. 67.

perspectiva liberal, e/ou somente ao grupo a que pertencem, o que ressaltaria a problemática de integração destes grupos minoritários.

Contudo, a falta de efetividade dos preceitos constitucionais, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais fundamentais, e a ausência de mudanças sociais significativas trazem descrença ao próprio Estado, propiciando assim o fortalecimento de idéias conservadoras e neoliberais, que, denominados neocapitalistas, e através de uma globalização majoritariamente econômica, procuram manter o *status quo* de produção de desigualdades sociais, pautando seu ideário a partir do aperfeiçoamento da idéia de Estado mínimo, como já referido.

Todavia, devemos ter presente que os direitos sociais, fazendo parte dos direitos humanos fundamentais, devem ser compreendidos como direitos essenciais e inafastáveis, por conseguinte fundamentais.

Falando dessa maneira surge a idéia de que os ditos direitos sociais fundamentais, em vez de direitos contra o Estado, conforme idéia liberal, se constituem em direitos através do Estado, o que exige do Poder Público certas prestações materiais, como a implementação de políticas sociais que garantam o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Veja-se que os direitos humanos situam-se, em virtude de suas características morais, acima da organização estatal, deitando suas raízes, em última instância, na consciência ética coletiva. Os direitos sociais possuem as mesmas características de obrigatoriedade dos direitos humanos. A demonstração dessas características dos direitos sociais, como direitos humanos, pode ser elaborada em função da atribuição de qualidades que têm a ver com a dignidade humana.

Nesta senda é que surge a importância de abordar a noção da dificuldade de asseguarção dos direitos humanos neste processo de globalização de cunho prioritariamente econômico-financeiro.

Se formos analisar os reflexos nos direitos humanos e também na democracia⁷³ no âmbito da economia globalizada, e viermos a questionar qual a possibilidade de futuro positivo para aqueles, com certeza, pelo caminho que estamos trilhando, nossas respostas serão céticas.

E mais, se o poder estatal, com esse processo de globalização, é relativizado, como os direitos humanos – aqui principalmente se falando dos direitos sociais fundamentais, instrumentalizados por este próprio poder público-, podem ser ditos eficazes?

Com o fenômeno da globalização, conforme já se viu, os poderes legislativo, executivo e judiciário são funcionalmente esvaziados ou relativizados. Por isso, as três gerações de direitos humanos (os relativos à cidadania civil e política, os relativos à cidadania social e econômica, e os relativos à cidadania "pós-material" (direito à qualidade de vida, a um meio ambiente saudável, à tutela dos interesses difusos e ao reconhecimento da diferença, da singularidade e da subjetividade, etc.), acabam enfrentando problemas para serem efetivadas.

As liberdades públicas, igualdade substantiva e afirmação dos interesses – que são seus valores básicos - colidem frontalmente com os imperativos categóricos da transnacionalização dos mercados, dos quais se destacam a eficácia, a produtividade e a competitividade.

O dualismo econômico e estrutural da realidade mundial e principalmente latino-americana tem sido agravado por esse processo de globalização econômica, desencadeando no aumento das desigualdades sociais e do desemprego, marcando a ferro cada vez mais a pobreza absoluta e a exclusão social.

⁷³ Segundo Flávia Piovesan, “A democracia invoca um conceito aberto, dinâmico e plural, em constante processo de transformação. Na acepção formal, pode-se afirmar que a democracia compreende o respeito à legalidade, constituindo o chamado governo das leis, marcado pela subordinação do poder ao Direito. Esta concepção acentua a dimensão política do conceito de democracia, na medida que enfatiza a legitimidade e o exercício do poder político, avaliando quem governa e como se governa. Por outro lado, na acepção material, pode-se sustentar que a democracia não se restringe ao primado da legalidade, mas também pressupõe o respeito aos Direitos Humanos. Nesse sentido, não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. A democracia exige, assim, a igualdade no exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais”. Piovesan, Flávia. *Democracia, Direitos Humanos e globalização*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/index.html>> Acesso em 10 abr. 2006.

A exclusão socioeconômica gera reflexos graves na universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. O alcance universal dos direitos humanos é mitigado pelo largo exército de excluídos, que se tornam supérfluos em face do paradigma econômico vigente, vivendo mais no “*Estado da natureza*” que propriamente no Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, o caráter indivisível desses direitos é também mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional.

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos⁷⁴, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade destes últimos.

Acrescente-se ainda que esse processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis, como as mulheres e a população negra (daí os fenômenos da “feminização” e “etnicização” da pobreza).

Ou seja, urge a necessidade da ruptura com um modelo (neo)liberal-individualista, sustentáculo da globalização econômica, que visa à instalação definitiva de um modelo de Estado mínimo, mencionado anteriormente, para que as camadas da população menos favorecidas, vítimas de uma sociedade caracterizada pela desigualdade social, vítimas de uma posição conservadora de Estado, de Direito e mesmo de Sociedade, alcancem a igualdade, fazendo valer os preceitos fundamentais constitucionais.

⁷⁴ Poderíamos acompanhar o pensamento de José Luis Bolzan de Moraes, para quem: “*Resumidamente poderíamos dizer então que os direitos humanos, como conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres de seu hábitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.*” MORAIS, José Luis Bolzan de. *De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização*, em *Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* / Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

Isso só seria possível por meio de uma nova postura hermenêutica que contemple a concretização do texto constitucional e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, de maneira autêntica, levando-se em consideração uma preocupação com a própria construção de uma nova ordem econômica, política e social, de modo que seja possível diminuir as desigualdades sociais, privilegiando-se os princípios jusfundamentais, afinal, os operadores do Direito devem(riam) (mesmo que insistam em não fazê-lo) operar para construção do Estado Democrático de Direito.

Resta claro também que, para firmar-se a concretização do Princípio da Igualdade, inserido nos direitos fundamentais previstos na Carta Maior, é necessário fornecer elementos que visem garantir a consecução daquele princípio, apoiando-se na idéia de surgimento de maiores oportunidades entre a parcela dita minoritária e excluída, propiciando juridicamente o embate às diferenças sociais e econômicas, verificadas ao longo do tempo.

Os direitos sociais, também chamados direitos de igualdade, correspondem à segunda geração dos direitos humanos.

E, pelo princípio da igualdade material, historicamente desenvolvido, o Estado se obriga, mediante retificação da ordem social, a remover as injustiças encontradas na sociedade⁷⁵.

Importante também referir que em nosso Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais básicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, pois os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem as condições materiais necessárias para a sua realização.

Não querendo invadir o espaço do próximo capítulo, cabe frisar que, além dos valores da igualdade e da liberdade, os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

⁷⁵ Mesmo já tendo mencionado que iremos abordar de maneira mais aprofundada a base principiológica das Ações Afirmativas, e estas seriam o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, cabe, de uma maneira superficial, mencionar aqui este aspecto histórico.

Nunca esquecendo de que este regime, fundado sobre o princípio democrático, pretende assegurar a inclusão social, o que pressupõe participação popular e exercício dos direitos da cidadania, que estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado.

A sociedade preocupa-se com o fato de que o indivíduo sobreviva dignamente, mostrando que um cidadão só poderá ser responsável quando a comunidade política tiver demonstrado de maneira hialina que reconhece este mesmo indivíduo como membro desta sociedade, garantindo seus direitos sociais humanos/fundamentais básicos.

Assim, finalizando, tentamos 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, inclusive os sociais, com base nos princípios da igualdade material e dignidade da pessoa humana presentes em nossa Constituição, carta maior de um Estado considerado Democrático de Direito.

Temos que ter claro que os direitos sociais fundamentais adquiriram um novo papel em nosso sistema jurídico, deixando, há muito de ser simples expedientes funcionais destinados a compensar situações de desigualdade, e passando a atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana.

Por isso, justificável a partir de agora abordarmos as dificuldades encontradas para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana bem como o princípio constitucional da igualdade, matrizes de políticas públicas que visam à inclusão social e, após isso, adentrarmos de maneira mais objetiva no cerne desta pesquisa, o qual seria um dos mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais, as Ações Afirmativas.

CAPÍTULO 2 - A TEMÁTICA JURÍDICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.

2.1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Finalizada a primeira parte desta pesquisa, a qual seria a análise do cenário estatal em que estamos inseridos, com suas “*crises*”, e, após isso, vislumbrada a dificuldade existente 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 sejam, o da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, entendemos ser necessário dar continuidade ao trabalho adentrando 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, entendemos 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, abriremos 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.

Pois bem, 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.⁷⁶

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 idéias 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 salvaguardar, 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 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 Gregório Peces Barba Martinez, em virtude da correspectividade entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade e a justiça.⁷⁷

⁷⁶ 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.

⁷⁷ PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General* 1. ed. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 279.

“La solidaridad se integra com los demás valores, libertad, seguridad jurídica e igualdad, por el común objetivo de contribuir, por medio de los derechos que fundamenta, al dinamismo de la libertad, que facilita el ejercicio de la libertad de elección hacia la conservación de la libertad o autonomía moral”.⁷⁸

Jürgen Habermas menciona a solidariedade como princípio fundamental do Estado de Segurança, que substitui o Estado de Bem-estar Social⁷⁹.

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.

Pois bem, 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.”⁸⁰

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.

⁷⁸ Ibidem, p. 279.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. vol. I. p. 525.

⁸⁰ 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.

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 Ernildo Stein⁸¹, 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, como já mencionado no capítulo anterior, é de relevância teórica, não somente por tais idéias 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, conseqüência 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 conseqüência, o da dignidade da pessoa humana.

⁸¹ STEIN, Ernildo. Prefácio. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica*..... Op.cit., p. 09.

2.2- 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”*⁸², 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 idéia 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(...)”*.

⁸² ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.p.167.

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 influente⁸³.

É importante ressaltar, no entanto, que a origem da concepção e inspiração dos direitos fundamentais não está ligada diretamente à 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.⁸⁴

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.

⁸³ ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993, p.45-47.

⁸⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito*, Op. cit., p. 176-179.

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 moderno⁸⁵.

Este autor, após minuciosa pesquisa sobre os fatos e idéias 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 idéias.⁸⁶

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”.⁸⁷

Esta, aliás, retomando os argumentos abordados alhures (item 1.3, Capítulo 1), era a idéia 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 idéia de que

⁸⁵ ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 10 ed. São Paulo: Ícone, 2004, p.25.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 193.

⁸⁷ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional.....* Op. cit., p.02

“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”⁸⁸.

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 idéia 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 idéia 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 idéia de dignidade da pessoa humana, pela regressão à origem”⁸⁹.

⁸⁸ DRAY, Guilherme Machado, Apud GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional*.... Op. cit., p.02

⁸⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p.229.

Pois bem, 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 idéia 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 idéia 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; posituação 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.⁹⁰

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 formos 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 Norberto 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.⁹¹

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

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Implementação do direito à igualdade racial*. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 9, p.1123, out, 2001.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p.60.

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.

Robert Alexy, 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.⁹²

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*”.⁹³

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.⁹⁴

José Afonso da Silva⁹⁵, 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.

⁹² 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.

⁹³ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 21.

⁹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, p 136-137.

⁹⁵ SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional*..... Op. cit, p. 216-217.

Pode-se concluir com essa idéia 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 freqüentemente 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)⁹⁶ e a igualdade substancial aludida no art. 9.2⁹⁷ 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.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ artículo 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.

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*”⁹⁸.

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.⁹⁹

Ou seja, concluindo com a idéia 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*”.¹⁰⁰

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.

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.

⁹⁸ E continua o autor: “*Assim o conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública...*” STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política*..... Op. cit., p. 93.

⁹⁹ Ibidem, p. 93.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 94.

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 idéias 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 idéia 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.¹⁰¹

Sendo assim, a Constituição de 1934 destoou destas citadas, ampliando a idéia 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

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdade, desigualdades*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 1, p. 74, 1993.

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 J.J. Gomes Canotilho¹⁰², 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 idéia de valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

¹⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1050-1051.

Contudo, não vemos somente no preâmbulo tais aspectos igualitários, mas, também, a título exemplificativo, em diversas outras passagens da Carta Política.¹⁰³

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 para continuarmos na senda deste trabalho: 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?

Temos 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 idéia 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.”¹⁰⁴

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

¹⁰³ 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).

¹⁰⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 198.

humanos fundamentais, 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 idéia, 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, acompanhamos 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. Conseqüentemente, 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”¹⁰⁵

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 III), a discussão quanto à discriminação legítima e ilegítima, ou seja, a demonstração da essencialidade da discriminação de alguns

¹⁰⁵ Ibidem, p. 210.

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 idéia 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 passaremos a abordar a partir de agora.

2.3 – 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 podemos deixar de lado a necessidade de partirmos da idéia 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 idéia 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 idéia 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 idéia independente.¹⁰⁶

Neste aspecto, cabe frisar o profícuo entendimento de Ingo Wolfgang 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 idéia 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.¹⁰⁷

Pois bem, 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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ 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, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006, p. 29-30.

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 positivação 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 estóico 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”.¹⁰⁸

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 idéias sobre dignidade da pessoa humana com caráter antropocêntrico de Immanuel 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”*¹⁰⁹.

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 idéia antropocêntrica apoiada puramente na concepção da natureza racional do ser humano.

E isso podemos ver ainda nos dizeres de Sarlet¹¹⁰, quando o mesmo arremata: *“É justamente no pensamento de Kant, que a doutrina jurídica mais expressiva –nacional e*

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana.....* Op. cit., p. 32.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 32.

¹¹⁰ Ibidem, p. 34.

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”¹¹¹.

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.¹¹² 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 subseqüentes, quer de caráter nacional quer de caráter universal, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹¹³

¹¹¹ Ibidem, p. 34-35.

¹¹² Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra no ano de 1215.

¹¹³ Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia 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.¹¹⁴

Em muitos textos constitucionais modernos¹¹⁵ 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 temos 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)¹¹⁶.

Sendo assim, podemos 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.

¹¹⁴ Lei Fundamental de Bonn, de 23.05.1949, art. 1.1: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes Públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”.

¹¹⁵ Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituição> Acesso em 03 jun. 2006.

¹¹⁶ Idem.

O certo é que a existência digna do ser humano pressupõe o trabalho do Estado para assegurar a usufruição 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.

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

Sob a ótica de Sérgio Resende de Barros, "*a dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana*".¹¹⁷

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.

Em *terra brasilis*, 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.¹¹⁸

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

¹¹⁷ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 418.

¹¹⁸ 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, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana*.... Op. cit., p. 61.

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 André Ramos Tavares¹¹⁹ 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

¹¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 138-139.

programaticidade, que justificava a neutralização da eficácia dos valores e fins norteadores dos sistemas constitucionais.

Neste sentido, oportuna é a lição de Flávia Piovesan¹²⁰, 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 Ingo Sarlet 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, foi transferida para o Estado a idéia 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*”.¹²¹ 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 Peces-Barba Martinez¹²², 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

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54-55.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana...*, Op., cit. p. 65.

¹²² PECES BARBA MARTINEZ, Gregório. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.

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 exsurtem 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*”.¹²³

Ingo Sarlet, 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)*”.¹²⁴

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 idéia 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*”.¹²⁵

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.

¹²³TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais*.... Op. cit., p. 14

¹²⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana*.... Op., cit. p. 84-85.

¹²⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito*.... Op. cit., p. 183.

Poderíamos 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”.¹²⁶

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,

¹²⁶ 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, Ingo Wolfgang (organizador). *Dimensões da Dignidade. Ensaio 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, p.16.

como valores e fins superiores da ordem jurídica que reclamam a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais.

Pois bem, 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 disséssemos 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. 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”.*¹²⁷

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.”¹²⁸

Sendo assim, acreditamos 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.

2.5. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE COMO FULCRO IMEDIATO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Após a análise dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em seu aspecto formal e material, antes de adentrarmos no capítulo principal desta pesquisa, cabe-nos ressaltar, ainda que superficialmente, a relação imediata entre o princípio constitucional da igualdade e as Ações Afirmativas.

Pois bem, 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.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana.....*, Op., cit. 2006. p. 111.

¹²⁸ *Ibidem*, p.111.

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 desigualações, 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 Miguel Seabra 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*”¹²⁹.

Como apoio, seria interessante trazer neste momento exemplo da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, através do jurista Martim de Albuquerque, que sustenta que essa idéia 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

¹²⁹ 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.

situações que objetivamente não requeiram ou não consintam regras diferentes, e vice-versa; tratamento semelhante aos que se acham em condições semelhantes.¹³⁰

Poderíamos concluir com esses dizeres que igualdade é tanto não-discriminar, como discriminar em busca de uma maior igualização (discriminar positivamente)¹³¹.

Na visão de Hédio Silva Jr, 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 desigualdade 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”.¹³²

Nessa mesma esteira de pensamento, Flávia Piovesan¹³³ 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 implementação de planos governamentais e privados que garantem, nas entidades públicas e privadas, percentuais de oportunidades, de

¹³⁰ ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p.333.

¹³¹ Vamos analisar tal tópico no início do próximo capítulo desta pesquisa.

¹³² SILVA Jr., Hédio. *Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.113.

¹³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos.....*, Op. cit., p.1128.

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 erro¹³⁴. 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.¹³⁵”

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.¹³⁶

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

¹³⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa, Apud. SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, *Algumas Notas Revisadas sobre Democracia, Igualdade e Ação Afirmativa*, in www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 20 maio 2006.

¹³⁵ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, *Algumas Notas Revisadas sobre Democracia, Igualdade e Ação Afirmativa*, in www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 20 maio 2006.

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos*..... Op. cit., p.1128.

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 cinqüenta, 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.¹³⁷

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

¹³⁷ Têm-se como exemplos a Convenção Européia 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 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 Lingüísticas de 1992 (art. 4º). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos>. Acesso em 20 maio 2006.

direitos ditos fundamentais, inclusive aqueles que já abordamos e entendemos estar no mesmo patamar, 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 nosso Supremo Tribunal Federal já se manifestou, ainda que de modo tímido, pelo menos duas vezes a respeito deste tema, como bem nos mostra Roger Raupp Rios, quando o mesmo nos traz em seu apanhado 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.”¹³⁸

Entendemos que a corte constitucional nacional deva 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 passamos a tratar de maneira mais abrangente a partir de agora, no capítulo que segue -, irão além das barreiras às condutas antidiscriminatórias em desfavor de grupos humanos discriminados, mas, sim, alcançarão a plenitude dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

¹³⁸ RIOS, Roger Raupp. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense*. In *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Vol I Tomo I – Anuário 2004/2005 – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Organização: Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 297.

CAPÍTULO 3 - A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTOS DE INCLUSÃO SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.

3.1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Seguindo o pensamento apresentado nos capítulos anteriores, é importante neste momento retomarmos os argumentos apresentados, mesmo que brevemente, para que possamos ligar as idéias de crise do Estado, princípio de igualdade e, por fim, as ações afirmativas.

Pois bem. No primeiro capítulo abordamos a noção das crises interconectadas do Estado contemporâneo, basicamente pela visão de José Luis Bolzan de Moraes, com o intuito de denunciar o atual cenário em que nos inserimos, principalmente no que se relaciona com os direitos sociais, econômicos e culturais, onde estes, sem dúvida, possuem uma ligação muito maior com o caráter dos direitos humanos não efetivados, mormente em se falando da deficiência na aplicação do princípio constitucional da igualdade.

No segundo momento desta pesquisa, ao adentrarmos no estudo do princípio constitucional da igualdade, apontamos como um dos aspectos mais relevantes, a diferença entre igualdade meramente formal (de matriz liberal) e a igualdade substancial (consequência de um Estado de bem-estar social eficaz).

Mais do que isso. Buscou-se a idéia fulcro do princípio da igualdade que repousa num princípio maior que seria o da dignidade da pessoa humana.

Temos assim que a proteção à dignidade da pessoa humana se viabiliza, dentre outros aspectos, pelo tratamento igualitário a ser atribuído a todos os seres humanos pelo ordenamento jurídico do Estado e, finalmente, pela ruptura desse padrão quando essa for a única forma de garantir a igualdade.

Isto explica também o porquê de termos asseverado que a preservação do direito à igualdade é o que está implícito no direito à integração das minorias discriminadas.

Não estaria errado se dissessemos 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.

Por fim, foi exposto como 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.

Para nós, as ações afirmativas devidamente aplicadas seriam 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.

E 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, como já exposto anteriormente, 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 aprofundarmos 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.

3.2 – ASPECTOS GERAIS DE ESTEREÓTIPO, PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA.

Antes de entrarmos 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.

Poderíamos 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 (deformidades, 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 idéias 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 discriminação, 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 alcançaremos 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 condizentes 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 idéia 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”.¹³⁹

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."¹⁴⁰

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.

¹³⁹ ARAÚJO, Luiz, Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2 ed. Brasília: Corde, 1997, p. 45.

¹⁴⁰ Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Apud BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*..... Op. cit., p. 19.

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.¹⁴¹

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 necessária¹⁴².

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

¹⁴¹ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*..... Op. cit., p. 21-22.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.147-162

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."¹⁴³

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

¹⁴³ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa.....* Op. cit., p. 28.

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.”¹⁴⁴

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 *discrimen* 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.¹⁴⁵

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.

¹⁴⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 216.

¹⁴⁵ 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 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, 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, p. 29-30.

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.”¹⁴⁶

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*¹⁴⁷.

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*".¹⁴⁸

Ressalte-se, por fim, que a Suprema Corte norte-americana utiliza freqüentemente 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*".¹⁴⁹

Pois bem, não poderíamos 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

¹⁴⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p.330.

¹⁴⁷ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*..... Op. cit., p. 31.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 32

¹⁴⁹ Ibidem, p. 06.

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)”¹⁵⁰

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”.¹⁵¹

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

¹⁵⁰ Ibidem, p. 19.

¹⁵¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença...* Op. cit. p 71.

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, entendemos 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.”¹⁵²

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

¹⁵²Disponível em < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>> . Acesso em 19 jun 2006.

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.¹⁵³

Por isso, reforça o mencionado autor, fica difícil sustentar a idéia 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.¹⁵⁴

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.

3.3 – AÇÕES AFIRMATIVAS;

3.3.1 – Evolução histórica

Em se tratando da evolução histórica do tema em discussão, Jacques d'Adesky registrou que na Índia, logo depois de sua independência, em 1947, foram adotadas políticas preferenciais que pretendiam beneficiar os chamados “intocáveis”, por intermédio

¹⁵³ MUNANGA, Kabengele. *O Anti-racismo no Brasil*. In: _____ *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*. São Paulo: Edusp, 1996. p. 81.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 81-82.

de medidas corretivas das desigualdades sociais procedentes do regime de castas e da hierarquia de “origem divina”.¹⁵⁵

Já um outro apontamento histórico que podemos comentar a respeito da discriminação positiva seria o Relatório do Desenvolvimento Humano 2004, elaborado pela ONU, mostrando que, na Malásia, nas décadas de setenta e oitenta, constatou-se que a diferença do rendimento médio entre as populações chinesa e malaia baixou de 2,3% para 1,7%. Tal acontecimento se deu por uma série de iniciativas no campo das ações afirmativas, desde o final da década de sessenta, direcionada a um grupo étnico indígena daquela região, de maior número, mas, economicamente, marginalizado em relação à comunidade chinesa e indiana.¹⁵⁶

Como bem acentua Maria Aparecida da Silva, existem diversos outros países que possuem ações de políticas públicas inclusivas, não somente na atualidade, mas já há muito. Como exemplo temos que, na antiga União Soviética, a Universidade de Moscou adotou uma cota de 4% de vagas para os(as) habitantes da atrasada Sibéria. Em Israel, adotaram-se medidas especiais para acolher os *falashas*, judeus de origem etíope. Na Nigéria e na Alemanha, existem ações afirmativas para as mulheres; na Colômbia para os(as) indígenas; no Canadá, para indígenas e mulheres, além de afrodescendentes, como na África do Sul.¹⁵⁷

Todavia, o termo ações afirmativas foi utilizado pela primeira vez em 1961 nos Estados Unidos. Foi a partir desse país que as políticas de ação afirmativa ganharam espaço e relevo no cenário mundial, inauguradas para assegurar sobretudo aos negros uma parcela maior e mais justa de representatividade na sociedade americana, com destaque para as áreas de educação e do emprego.

A expressão *affirmative action* foi utilizada inicialmente nos EUA, no governo do Presidente John F. Kennedy, por intermédio da Executive Order n. 10.925, de 06 de março de 1961, que estabeleceu a Comissão Presidencial sobre Igualdade de Emprego¹⁵⁸ e vedava

¹⁵⁵ D'ADESKY, Jacques. *A Singularidade do Debate em Torno da Política de Ação Afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: Proposta, n. 76, p. 23, mar/maio de 1998.

¹⁵⁶ Relatório do Desenvolvimento Humano 1996 a 2005. Disponível em :<http://www.pnud.org.br/rdh/>. Acesso em 16 jun 2006.

¹⁵⁷ SILVA, Maria Aparecida da. *Ações Afirmativas para o povo negro no Brasil*. In: *Racismo no Brasil*. São Paulo: Peirópolis; ABONG, 2002, p. 110.

¹⁵⁸ WALTERS, Ronald. *O Princípio da ação afirmativa e o progresso racial nos Estados Unidos*. *Revista estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, Centro de Estudos Afro-Asiáticos, n. 28, p. 130, out.1995.

a prática de discriminações em desfavor de funcionário ou candidato a emprego, em função de sua raça, credo ou nacionalidade nos contratos firmados com a Administração Federal, *litteris*:

SEÇÃO 301 (...) (1) o contratante não discriminará nenhum empregado ou candidato a emprego por causa de sua raça, credo, ou origem nacional. O contratante adotará ação afirmativa para garantir que os candidatos sejam empregados, e que os empregados sejam tratados durante o emprego, sem consideração para com sua raça, credo, cor ou origem nacional (...).(tradução nossa).¹⁵⁹

Ainda no Governo Kennedy, foi aprovado pelo Senado estadunidense, em 10 de junho de 1963, o *Equal Pay Act*, que estabelecia, dentre outras diretrizes, que nenhum empregador, em matéria de contraprestação salarial, poderia discriminar tendo por base o sexo de seu empregado, cujo desempenho demandasse, igualmente, habilidade, esforço e responsabilidade do empregado de sexo oposto, ressalvados os casos baseados no sistema de antiguidade, de mérito ou em virtude da quantidade ou qualidade de produção ou outro diferencial à exceção do sexo.

No início da década de sessenta, o vice-presidente Lyndon B. Johnson assume a Presidência dos EUA, buscando adotar medidas mais efetivas contra a discriminação, a exemplo do *Civil Rights Act* (Lei dos Direitos Civis), de 02 de julho de 1964, que proibia desde a segregação em lugares públicos até o discrimen no mercado de trabalho com base na raça, cor, sexo, ou origem nacional do cidadão.¹⁶⁰

Outra iniciativa foi a *Executive Order* n. 11.246, de 24 de setembro de 1965, de grande significado histórico, pois sedimentou, nas palavras de Paulo Lucena de Menezes, o conceito hoje conhecido por ação afirmativa, ao exigir dos contratantes com o Governo Federal não só o fim das práticas discriminatórias, como também medidas favoráveis em relação às minorias raciais e étnicas, na área de recrutamento, contratação, salários, etc.¹⁶¹

Enquanto isso, ainda no ano de 1965, surge no cenário mundial outra vertente significativa no âmbito das ações afirmativas. É a Convenção Internacional sobre a

¹⁵⁹ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.88

¹⁶⁰ Disponível em: <<http://www.civilrights.org/issues/affirmative/details>>. Acesso em: 16 de junho de 2006

¹⁶¹ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action)*.... Op.cit., p.90-92.

Eliminação de todas as formas de Discriminação racial¹⁶², adotada pela Resolução n. 2.106-A, da Assembléia das Nações Unidas, em 21 de dezembro do mesmo ano, a qual previa “medidas especiais” destinadas a grupos raciais ou étnicos que necessitem de proteção:

Art. I (...);

§ 4. Medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.¹⁶³

Os anos setenta, no Governo de Richard Nixon, também tiveram sua grande importância histórica para os norte-americanos, sendo de fundamental importância para o desenvolvimento das ações afirmativas, não só pelo decisivo posicionamento adotado pelo Congresso, v.g., o *Equal Employment Opportunity Act* de 1972, *Higher Education Act* de 1972, o *Rehabilitation Act* de 1973; o *Veterans Readjustment Act* de 1974 e o *Age Discrimination Act* de 1975, como também a força das decisões proferidas pela Suprema Corte que, em várias oportunidades, traçou diretrizes jurídicas fundamentais na apreciação de questões relevantes para a sociedade americana, sobretudo nos processos judiciais que envolviam práticas discriminatórias e no estabelecimento das denominadas cotas nas empresas e universidades¹⁶⁴.

Mas o que mais nos chamou atenção neste apanhado da evolução histórica estadunidense foi a experiência da adoção de Ações Afirmativas no âmbito do ensino superior, cujos programas de admissão baseados em critérios raciais foram sufragados nos anos subsequentes às iniciativas do Presidente Johnson. Aliás, em momento oportuno desta pesquisa, caberá comentar algumas passagens da obra de Ronald Dworkin¹⁶⁵, intitulada “*A Virtude Soberana – A teoria e a prática da igualdade*”, em que o autor nos traz um estudo pormenorizado dos últimos 30 anos de aplicação de Ações Afirmativas nos Estados

¹⁶² Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>>. Acesso em 16 jun 2006.

¹⁶³ Esta Convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 23 de 21 de junho de 1967, e ratificada em 27 de março de 1968, com entrada em vigor a partir de 04 de janeiro de 1969.

¹⁶⁴ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action).....*, Op.cit., pp.90-92.

¹⁶⁵ Este renomado autor ocupa a cátedra Sommer de Direito e Filosofia da New York University e a cátedra Quain de Teoria do Direito na University College, Londres. A referência completa da obra mencionada é: DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*; tradução: Jussara Simões; revisão técnica e tradução Cícero de Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689p

Unidos, efetuado por ex-reitores de faculdades de elite daquele mesmo país que aplicaram tais políticas. Oportuno é adiantar, neste momento, que os resultados positivos em relação a estas políticas de inclusão social apontados pela pesquisa foram impressionantes e, por que não dizer, empolgantes.

O Brasil também apresenta sua evolução histórica com respeito às ações afirmativas, o que vamos abordar mais adiante. Todavia, é importante trazer, neste momento, alguns fatos recentes, como, por exemplo, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), estabelecido pelo Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996, na gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que estabeleceu, dentre outras diretrizes voltadas para a população negra, a criação de *“um banco de dados sobre a situação dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais da população negra na sociedade brasileira que oriente políticas afirmativas visando a promoção dessa comunidade”* e *“Desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos”*.¹⁶⁶

Já o PNDH II, criado pelo Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2002, que revogou o PNDH I, estabeleceu como propostas de ações governamentais na parte reservada à Garantia do Direito à Igualdade, item 117: *“Apontar a adoção, pelo poder público e pela iniciativa privada, de políticas de ação afirmativa como forma de combater a desigualdade”*; e, no item 118: *“Promover estudos para a alteração da Lei das Licitações Públicas de modo a possibilitar que uma vez esgotados todos os procedimentos licitatórios, configurando-se empate, o critério de desempate – hoje definido por sorteio – seja substituído pelo critério de adoção por parte dos licitantes, de políticas de ação afirmativa em favor de grupos discriminados”*.¹⁶⁷

No atual governo brasileiro, foi criada, por intermédio do Decreto n. 4.886, de 20 de novembro de 2003, a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial, que tem por escopo um conjunto articulado de concepções, diretrizes, indicativos de programas e ações voltadas para a implementação de programas e medidas destinados à promoção da igualdade racial, com prioridade para as seguintes áreas: trabalho, emprego e renda; cultura

¹⁶⁶ Disponível em: https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/decreto/D1904.htm. Acesso em 17 jun 2006.

¹⁶⁷ Idem.

e comunicação; educação; saúde, terras de quilombos; mulheres negras; juventude; segurança; e relações internacionais.¹⁶⁸

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

Ao abordarmos a matéria de discriminação no item 3.2, sobre discriminação legítima, ou também intitulada positiva, apresentamos a noção do termo *Ações Afirmativas*.

Todavia, até mesmo por acharmos 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 idéia 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 idéia de João Feres Júnior e Luiz Fernando Martins da Silva¹⁶⁹, 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.*”¹⁷⁰

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

¹⁶⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/2003/D4886.htm>> Acesso em 18 jun 2006

¹⁶⁹ SILVA, Luiz Fernando Martins da; FERES JÚNIOR, João. *Ação Afirmativa*. In BARRETTO, Vicente de Paulo.(Coordenador). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, Co-Edição Renovar, 2006, p.23.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 23.

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 antidiscriminatórias, 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.”¹⁷¹

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 prevêm 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 idéia, 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

¹⁷¹ Cf. HERINGER, Rosana (Org.). *Desigualdades raciais e ação afirmativa no Brasil: reflexões a partir da experiência dos EUA*. In _____: *A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro: IERÉ/UFRJ, 1999, p.51-52.

no decorrer da história da sociedade, medidas estas que têm como principais beneficiários “os membros dos grupos que enfrentam preconceitos”.¹⁷²

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.

Podemos referir, como já havíamos 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

¹⁷² VILAS-BÔAS. Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.29.

necessitam para toda uma vida a tutela especial do poder público através de políticas públicas positivas.

Entretanto, em um primeiro momento, entendemos 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 podemos 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.¹⁷³

Pois bem, a partir destas premissas apontadas, podemos formular um conceito inicial próprio, formado pela idéia 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

¹⁷³ 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.

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.

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 adentramos 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.

Barbosa Gomes¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵

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.

¹⁷⁴ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*..... Op. cit., p.62.

¹⁷⁵ Ibidem, p.62.

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*".¹⁷⁶

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 Gomes¹⁷⁷, 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 reversa¹⁷⁸, Menezes¹⁷⁹, 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.

Neste aspecto Roger Raupp Rios também nos traz uma contribuição quando menciona que tais medidas compensatórias, apesar de possuírem idéias 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”¹⁸⁰

¹⁷⁶ ROSENFELD, Michel .Apud BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*..... Op. cit., p.62.

¹⁷⁷ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*..... Op. cit., p.62.

¹⁷⁸ A discriminação reversa consiste em favorecer todos aqueles que pertencem a determinada classe ou grupo social, independente de serem vítimas de discriminação.

¹⁷⁹ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action)*.... Op.cit.,p. 35.

¹⁸⁰ RIOS, Roger Raupp. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional brasileiro*..... Op. cit., p. 287.

Sob o enfoque da concepção de justiça distributiva, a Ação Afirmativa, norteadas 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.¹⁸¹

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*".¹⁸²

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.¹⁸³

Não se pode deixar de mencionar, quando se alude à justiça distributiva, o argumento utilitarista defendido por aqueles que crêem 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.¹⁸⁴

Nesse contexto de caráter distributivo baseado na igualdade de tratamento, destaca-se a formulação proposta por John Rawls¹⁸⁵, 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.

¹⁸¹ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action)*.... Op.cit., p.38.

¹⁸² BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*.... Op. cit., p.66.

¹⁸³ Ibidem, p. 66-67.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 68-69.

¹⁸⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708 p

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.”¹⁸⁶

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 igualmente, ou então que a distribuição desigual desses valores seja vantajosa para todos.”¹⁸⁷

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.¹⁸⁸

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

¹⁸⁶ Ibidem, p. 52-53.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 54.

¹⁸⁸ FIGUEIREDO, Eurico de Lima. In BARRETTO, Vicente de Paulo.(Coordenador). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, Co-Edição Renovar, 2006, p.23.

obtida desse modo, qual seja pela violação da liberdade pelas perdas menores de alguns, a justificar os benefícios maiores de outros.¹⁸⁹ 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 anti-racismo, 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. Podemos dizer então, relembrando, 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 podemos 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 Joaquim Barbosa Gomes.¹⁹⁰

¹⁸⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Op. cit., p.23

¹⁹⁰ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa.....* Op. cit., p. 44-49

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”.¹⁹¹

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 idéias preconcebidas baseadas nas falsas generalizações – verdadeiros estereótipos culturais – como, por exemplo, já mencionado no item 3.1: “o negro é ladrão, “o índio é indolente e preguiçoso”; “a mulher é incapaz”; “o judeu é avarento”, etc.

Sobre esta idéia 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.”¹⁹²

E, acompanhando este pensamento, poderíamos citar passagem da obra mencionada anteriormente, no item 3.3.1, de Ronald Dworkin¹⁹³, quando o mesmo nos traz alguns

¹⁹¹ Ibidem, p. 44.

¹⁹² RIOS, Roger Raupp. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional brasileiro*..... Op. cit., p. 286.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*; tradução: Jussara Simões; revisão técnica e tradução Cícero de Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.560. Nesta obra o autor faz primorosa análise a respeito da atualidade das políticas de ação afirmativa, mencionando análise efetuada por este sobre o primeiro exame abrangente e estatístico das conseqüências reais dos 30 anos de ação afirmativa nas universidades dos Estados Unidos. Tal obra é intitulada “The Shape of the River” (A forma do rio), de William G. Bowen, ex-reitor da Universidade de Princeton, e Derek Bok, ex-reitor de Harvard, onde os mesmos analisam uma imensa base de dados históricos escolares, chamada base de dados Faculdade e ACIMA (College and Beyond, C&B). Conforme Dworkin, “Essa base de dados contém informações sobre os mais de 80.000 graduados que se matricularam em 28 faculdades e universidades

aspectos questionados nos Estados Unidos em relação ao ingresso de negros nas universidades de elite:

“A diversidade racial no corpo discente da universidade ajuda a acabar com os estereótipos e a hostilidade entre os alunos e, caso isso aconteça, essa vantagem continua na vida pós-universitária?(...) O questionário de *Rivers*¹⁹⁴ perguntou aos diplomados das turmas que analisou que importância davam às relações raciais, se achavam que sua formação universitária contribuiu para melhorar suas próprias relações com outras raças, quais contatos tiveram com membros das outras raças enquanto estavam na faculdade, e se achavam que as políticas de admissão na universidade haviam dado ênfase demais, ou de menos, ou na medida certa à diversidade racial.(...) Como era de prever, mais negros do que brancos acharam que conhecer pessoas de outra raça foi especialmente importante. Na turma de 1976, 45% dos brancos acharam que foi “importantíssimo” conhecer pessoas com “crenças diferentes” e somente 43% acharam importante conhecer pessoas de outras raças, ao passo que 74% dos negros daquela turma acharam que a segunda opção era importantíssima e somente 42% escolheram a primeira. O número de brancos e negros que achavam importantíssimas as relações raciais aumentou na turma de 1989, porém – modestos 2% para os negros, mas impressionantes 13% para os brancos.”

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 superação, em face da convivência jurídica obrigatória, por força da qual, como diria Carmen Lúcia Antunes 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.,

seletas em 1951, 1976 e 1989: essas instituições são representantes das escolas de elite que aplicaram a ação afirmativa, e vão de Bryn Mawr e Yale a Denison e North Carolina (Chapel Hill)(...) Bowen, Bok e seus colegas aplicaram técnicas estatísticas avançadas para analisar a repercussão de cada uma das numerosas variáveis que o estudo isola. (...) na tentativa de traçar as conseqüências reais da ação afirmativa, no período da sua, agora, substancial existência, para cada aluno e graduando, para suas faculdades e universidades, e para a relações em todo o país. Para Ronald Dworkin, “Este livro é um estudo sociológico valiosíssimo, além de suas descobertas específicas sobre a ação afirmativa, e oferece, em apêndices pormenorizados, uma descrição clara das complexas técnicas estatísticas que emprega”.

¹⁹⁴ *River* é a abreviação que Dworkin utiliza no decorrer da obra citada para mencionar o estudo *The Shape of the River*.

habitando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem”.¹⁹⁵

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.”¹⁹⁶

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.¹⁹⁷

E complementa o autor:

“...tal justificativa ganha força se for adotada uma perspectiva mais ampla, admitindo a legitimidade das ações afirmativas como combate às 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.”¹⁹⁸

Ronald 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,

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*..... Op. cit., p. 48-49.

¹⁹⁷ RIOS, Roger Raupp. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional brasileiro*..... Op. cit., p. 287.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 287.

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.”¹⁹⁹

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”.²⁰⁰

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*”.²⁰¹

Por fim, seguindo a análise dos temas propostos neste subitem, temos 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.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos.....* Op. cit., p. 147-162.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana.....* Op. cit., p.559.

²⁰¹ 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, Ronald. *A virtude soberana.....*, Op. cit., p. 559.

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"²⁰².

Mesmo já tendo comentado a respeito do termo minorias em outro momento desta pesquisa (capítulo 2, item 2.5), 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").”²⁰³

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

²⁰² CASHMORE, Ellis. *Dicionário das relações étnicas e raciais*. Trad. Dinah Kleve. São Paulo: Summus, 2000, p. 31.

²⁰³ *Ibidem*, p.360

compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto que é 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.²⁰⁴

Dentre todos os aspectos apresentados sobre objetivo (constitucional), destinatários e natureza (legitimidade), preferimos 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 Direito²⁰⁵, 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.

3.3.3 - Experiência norte-americana atual, e de outros países na aplicação das Ações Afirmativas.

Nos últimos anos, controvérsias têm surgido nos EUA com relação ao uso de políticas públicas - a partir do reconhecimento da diferença de gênero e/ou cor ou etnia -, na concessão de empregos ou oportunidades educacionais, como meio para promover a

²⁰⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa: O conteúdo.....*, op. cit., p. 285, nota 3.

²⁰⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença.....*, op. cit., p. 140.

ascensão social de grupos vítimas de discriminação. A questão central articula-se em torno de dois pontos: se para superar o racismo se deve primeiro assumir que há *race*, quer dizer, diferenças raciais substantivas; se o sucesso de políticas direcionadas à redução dos obstáculos para a ascensão social de alguns grupos específicos pressupõe políticas de reconhecimento e defesa da "diferença"

Não se pode entender a importância do atual debate sobre essas políticas, sem levar em conta que os EUA, em particular os Estados do Sul, conheceram até cerca de três décadas atrás uma legislação segregacionista por cor e etnia. Em 1954, a Corte Suprema sancionou que a classificação racial imposta pelo governo, visando separar brancos e negros, violava as garantias de direitos iguais embutidas na Constituição. As medidas legislativas tomadas posteriormente são uma tentativa de reverter esse quadro de discriminação racial sancionado por lei ou pela forma como esta é efetivamente aplicada.

Conforme anota Thomas Sowell²⁰⁶, as políticas de ação afirmativa por parte do governo dos Estados Unidos enfrentam um problema que não existe em muitos outros países, de forma que é importante entender e analisar os obstáculos jurídicos que essas políticas tiveram que ultrapassar para serem aceitas pelos tribunais americanos e pela arena política.

Nesse país os grupos preferenciais e as cotas evoluíram de leis que, de início, procuravam banir a discriminação de indivíduos, como foi o caso da Lei dos Direitos Civis, de 1964, tendo os negros como o grupo principal. Posteriormente, os programas de ação afirmativa foram se expandindo para incluir, além de outros grupos raciais ou étnicos, também as mulheres.

Estudos mostram que as políticas oficiais de grupos preferenciais remontam aos primórdios da história americana. A população nativa de índios americanos, que por muito tempo se submeteu a leis diferentes e piores do que as da maioria branca, foi, em 1830, contemplada com a primeira política preferencial oficial para uma minoria racial nos

²⁰⁶ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004. p.115.

Estados Unidos, de modo que os índios ganharam status preferencial para emprego no Bureau of Indian Affairs.²⁰⁷

O racismo sempre esteve arraigado na cultura norte-americana, causando, em diversas oportunidades registradas na história, graves tensões sociais. Um exemplo disso foi o caso *Brown v. Bordo Education of Topeka*, que serviu para endossar o descontentamento dos negros contra o preconceito latente na sociedade, o que desencadeou o florescimento de vários movimentos em favor dos direitos humanos, com índole pacifista difundida por líderes como Martin Luther King Jr.²⁰⁸

Apenas as manifestações do Poder Judiciário não eram suficientes para combater o preconceito, e o então senador John F. Kennedy, também pertencente a segmentos minoritários da sociedade norte-americana por ser católico e descendente de irlandeses, assimilou a importância desse tema, e já em discursos em campanhas presidenciais, em 1960, defendia as classes menos afortunadas, em setores como educação, saúde e previdência social:

“Ávido por implantar medidas que apresentassem resultados perceptíveis ao seu eleitorado, o Presidente Kennedy expediu, em apenas dois meses após assumir a presidência, a Executive Order n.º 10.925, que objetivava fiscalizar e reprimir a discriminação existente no mercado de trabalho”²⁰⁹

Destaca Sowell²¹⁰ que esse foi o primeiro de uma série de decretos de diversos governos, que não criava preferências para grupos nem cotas e sim ordenava que os empregadores contratassem e promovessem sem levar em conta filiações a grupos.

O Presidente Kennedy, ainda que não contasse com o apoio de boa parte de seus correligionários, empenhou-se pessoalmente em articular a aprovação de diversos projetos de leis que continham programas sociais, com outros atos em favor das Ações Afirmativas, efetuados por ele mesmo e, após a sua trágica morte, pelo substituto Lyndon B. Johnson, como mencionado alhures.

Essa nova posição estatal ganhou notoriedade não apenas nos Estados Unidos, mas também em diversos outros países. Além da previsão no direito interno de cada país,

²⁰⁷ Ibidem, p.116.

²⁰⁸ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action)*.... Op.cit., p.87.

²⁰⁹ Ibidem, p. 88.

²¹⁰ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor*.... Op. cit., p.124.

convenções e tratados internacionais foram celebrados nesse período, como é o caso da "*Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*", que continham orientações para a adoção pelos Estados signatários de medidas afirmativas.

Somente em 1970, durante o governo Nixon, surgiram novas diretrizes que se referiam a "*procedimentos orientados para resultados*", indicando mais fortemente o que iria ocorrer. No final de 1971, restou claro que objetivos e cronogramas significavam "*aumentar materialmente o emprego de minorias e de mulheres*". Sempre que a paridade estatística não fosse alcançada em todas as categorias de empregos, requereu-se dos empregadores que confessassem a "*deficiência na utilização de minorias e de mulheres*", cabendo aos mesmos o ônus da prova – e do remédio. Note-se que foi na década de setenta que ficou então estabelecida essa nova noção de Ação Afirmativa, transformada num conceito numérico, por vezes chamado de "objetivo" ou de "cotas".²¹¹

O quadro da evolução político-legislativa das Ações Afirmativas implementadas nos Estados Unidos após a Ordem Executiva n.o 11.246, que fortaleceu e ampliou a Ordem Executiva n.o 10.925, impondo tais políticas na contratação e promoção para todos aqueles que recebem verbas de contratos com a Federação, ficou assim estipulada; a) é criado por meio de uma Ordem Executiva o Escritório de Empresas de Negócios de Minorias (OMBE), com o objetivo de incentivar financeiramente empresas geridas por minorias; b) discriminação não intencional no emprego, também chamada de discriminação indireta, proibia a adoção para a contratação de requisitos e testes que não fossem necessários à execução das tarefas para as quais os candidatos se habilitassem; c) o governo assegurou por meio de programas objetivos e mensuráveis, em especial nos altos escalões de sua própria burocracia, a presença de minorias e de mulheres; d) o congresso norte-americano incluiu um dispositivo na lei sobre obras públicas, estabelecendo que cada governo local ou estadual usasse 10% dos fundos federais destinados a obras para agenciar serviços de empresas controladas por minorias; e) o governo passou a exigir que as instituições educacionais que tivessem praticado discriminações adotassem programas especiais para admissão de minorias e mulheres como condição para que se habilitassem à ajuda federal;

²¹¹ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor*....Op. cit., p. 125.

f) incentivo às ações voluntárias de emprego e educação: essas ações correspondiam ao que se passou a chamar de cotas, isto é, assegurar percentuais mínimos de contratação e promoção de trabalhadores nas empresas privadas e instituições públicas e admissão de estudantes provenientes de grupos minoritários nas universidades, tendo por base a discriminação sofrida em tempos passados.

A iniciativa norte-americana norteou a aplicação de Ações Afirmativas em outros países como opção para garantir a democracia. Por esse motivo, o modelo norte-americano de promoção a políticas de ações afirmativas, criadas pelo Estado (mediante os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) ou pela sociedade civil (especialmente as empresas), ultrapassou fronteiras nacionais e vem sendo utilizado como paradigma pelos ordenamentos jurídicos da maioria dos países que integram o sistema das Nações Unidas.

Antes de mencionarmos os outros países que aplicam este tipo de política positiva de inclusão social, é importante referir o apanhado efetuado por Ronald Dworkin, em obra já destacada nesta pesquisa, que sem dúvida nos mostra o resultado dos 30 anos de aplicação das Ações Afirmativas nos Estados Unidos da América.

Este autor nos traz que, apesar deste expressivo lapso temporal de aplicação das políticas positivas naquele país, estas ainda correm sérios riscos por argumentos apresentados por autores e políticos que são contra tais medidas.

Todavia, em estudo efetuado por dois ex-reitores de universidades de elite norte-americanas que aplicaram tais políticas em seus bancos escolares para ingresso de alunos negros e hispânicos, Dworkin analisa que os resultados foram estimulantes para aqueles que defendem a discriminação positiva.

O estudo intitulado “*The Shape of the River*”, como já mencionado no subitem anterior, teve como base o estudo aprofundado das relações de 80.000 alunos graduados que se matricularam em 28 faculdades seletas em 1951, 1976 e 1989. Tais instituições estariam representando, nesta pesquisa, as escolas de elite que aplicaram as *affirmative actions*.

Conforme Dworkin, foram utilizadas técnicas avançadas para analisar os reflexos da aplicação, com o intuito de delinear as conseqüências reais das Ações Afirmativas, “no

*período de sua agora substancial existência, para cada aluno e graduando, para suas faculdades e universidades, e para as relações raciais em todo o país”.*²¹²

É claro que o estudo limitou-se à análise das Ações Afirmativas na educação superior norte-americana, entretanto sendo essencial como subsídio para os demais segmentos da sociedade que carecem de tais políticas.

Antes de abordarmos as descobertas daquela pesquisa analisada por Dworkin, é necessário mencionar que os defensores das Ações Afirmativas naquele país, como indica o autor, “*insistem que os diversos tipos de políticas sensíveis à raça são essenciais, no curto prazo, se tivermos a esperança genuína de erradicar ou diminuir o impacto da raça no longo prazo*”, enquanto os críticos, menciona o autor norte-americano:

“... respondem que a ação afirmativa tem sido contraproducente em todos os aspectos, sacrificando, em vez de ajudar, os negros admitidos nos programas, perpetuando a noção da inferioridade negra entre os brancos e os próprios negros, promovendo o separatismo e uma sociedade prevenida com relação à raça, e não à integração dos negros e uma comunidade genuinamente indiferente à cor”.²¹³

Entretanto, poucos foram os estudos teóricos com uma abrangência necessária para que tanto os críticos como os defensores pudessem apoiar-se de maneira concreta em seus argumentos, estando o “*The Shape of the River*”, para Dworkin, em posição privilegiada em relação àqueles, por oferecer estatísticas muito mais plausíveis.

Aliás, as descobertas foram impressionantes.

Por óbvio, não abordaremos todas elas nesta pesquisa, mas somente algumas, até mesmo para sustentar alguns argumentos que entendemos necessários para implementar de forma definitiva tais políticas em nosso país, é claro que a título de apoio, visto a nação estadunidense ter suas peculiaridades, bem como ter vivido um modelo de Estado pelo qual o Brasil e os demais países da América Latina, não presenciaram, o qual seria o *Welfare State*, conforme já comentado no primeiro capítulo desta pesquisa.

Pois bem, no Brasil, um dos argumentos que enfrentam os apoiadores de tais políticas afirmativas é o ligado à idéia de que os afrodescendentes, por exemplo, quando

²¹² DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*..... Op. cit., p. 547.

²¹³ *Ibidem*, p. 550.

agraciados pela cotas, estariam aproveitando-se de uma política injusta, visto os mesmos serem desclassificados para as vagas, retirando outros candidatos aptos e preparados.

A descoberta efetuada por Bowen e Bok, em sua obra, conforme nos traz Dworkin, salientou que isso não condiz com a realidade pela análise efetuada nos últimos anos de aplicação daquelas medidas.

Vejamos:

“Seria um erro grave, porém, supor que esses negros “retroativamente rejeitados” eram desqualificados para a formação que receberam. Os candidatos brancos às escolas tiveram notas significativamente mais altas nos exames, em grupo, do que os candidatos negros. A diferença diminui nitidamente, contudo quando comparamos as notas dos negros que ingressaram com o décimo inferior das notas dos brancos aprovados: um estudo das admissões às faculdades de direito indicou uma diferença, nas notas do exame SAT de apenas 10%. A diferença nas notas entre candidatos brancos e negros se explica melhor, em qualquer caso, por meio do aprimoramento extraordinário nas décadas recentes das qualificações acadêmicas dos candidatos brancos às escolas seletas – Bowen e Bok chamam estes candidatos como “espetacularmente” bem-qualificados – do que qualquer hipótese de que os candidatos negros não eram qualificados.(...) O êxito profissional dos negros formados nas escolas da C&B, discutido abaixo, refuta qualquer hipótese de que o grupo dos negros era desqualificado para tal formação.”²¹⁴

E complementa o autor:

“É fato marcante, ademais, que a média das notas no SAT dos negros matriculados nas escolas mais exigentes em 1989 foi mais alta do que a média de todos os matriculados nas mesmas instituições em 1951. Como os autores observam, os formados de meia-idade e mais velhos deveriam pensar no fato antes de afirmar com veemência que os negros admitidos por intermédio dos programas de ação afirmativa são inadequados para suas universidades. (...) Assim, embora eliminar a ação afirmativa viesse a reduzir muito o número de negros que freqüentam escolas seletas, não aumentaria muito as notas médias dos que freqüentam.”

Em nosso país, tais argumentos utilizados pelos críticos destes programas sensíveis à raça ou etnia não são diferentes, como já dito. Todavia, não seria necessário uma pesquisa estatística para comprovar que os alunos que ingressam nas universidades públicas de nosso país são na sua maioria caucasianos, representantes das elites, e encontramos pais abastados que podem proporcionar a seus filhos candidatos cursos preparatórios pré-vestibulares,

²¹⁴ Salienta-se que a sigla *SAT* é um exame semelhante ao vestibular aplicado aqui no Brasil e a abreviação C&B significa *College and Beyond*, foram a base universitária onde os autores do *The Shape of the River* fizeram suas pesquisas. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*..... Op. cit., p. 550.

inclusive com aulas de reforço(pagas), para que os mesmos possam alcançar o tão almejado ingresso nas instituições públicas de ensino superior, mormente se falando nos cursos mais procurados, de medicina, ciências jurídicas e sociais, odontologia, etc.

Tal afirmação é pública e notória. A universidade pública no Brasil é alcançada somente por membros da elite.

Todavia, ao se posicionarem contra as Ações Afirmativas (pois estariam estas fazendo uma injustiça com aqueles que alcançaram as médias de classificação), olvidam-se estes candidatos “espetacularmente bem-qualificados” que os afrodescendentes agraciados com a política de cotas (espécies de Ação Afirmativa) alcançaram no mínimo a média pré-estabelecida pela comissão da universidade para que todos (brancos e negros) sejam considerados aptos às vagas existentes, visto que, caso não alcançassem tal qualificação, nem brancos, nem negros estariam ainda concorrendo.

Ou seja, a resposta às manifestações negativas dos candidatos “melhores preparados” (e caucasianos) às Ações Afirmativas, baseada neste argumento de injustiça na qualificação, poderia ser respondida com uma pergunta que, aqui no Brasil, é respondida automaticamente: caso estes candidatos afrodescendentes, aprovados com a média mínima exigida (porém não classificados, pelo número de vagas), tivessem as mesmas condições de vida que tiveram os caucasianos “espetacularmente preparados”, com cursos preparatórios, professores particulares, etc; tivessem uma vida digna em família, sem as agruras que os afrodescendentes passaram (e ainda passam) em nosso país, será que os mesmos não estariam encabeçando a fileira dos classificados?

Uma outra descoberta trazida por Dworkin em sua obra, ao analisar a pesquisa *River*, e que é interessante trazer neste momento, seria a resposta para a seguinte questão: “*A ação afirmativa produziu, como se esperava, mais empresários, profissionais liberais e líderes comunitários negros bem-sucedidos?*”²¹⁵

Imediatamente o autor arremata: “*Se avaliarmos o êxito pela renda, é certo que sim*”.

E complementa, baseado nas descobertas trazidas pelo *River*:

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*..... Op. cit., p.557.

“Os negros formados nas 28 escolas da C&B no grupo de 1976 encontraram empregos menos bem-pagos do que seus colegas brancos que tiveram as mesmas notas nos exames e na faculdade ou nos cursos profissionalizantes, e esse triste fato basta para refutar qualquer insinuação de que o racismo desapareceu de nossa economia. Mas os negros formados pela C&B ganham bem mais do que a maioria dos negros com diploma como universitário: as mulheres negras da turma de 1976 ganhavam, em média, 73%, ou US\$ 27.200 mais do que a média geral das mulheres negras com diploma universitário, e os homens negros nesse grupo ganham 82%, ou US\$38.200, mais do que a média geral dos homens negros com diploma.”

E, finalizando estes dados atualizados colhidos pelos autores do *River*, comentado por Dworkin, seria interessante fecharmos a experiência passada norte-americana e a mais atual com uma outra descoberta satisfatória a respeito das Ações Afirmativas.

Como já comentamos anteriormente quando da abordagem sobre a definição e objetivos das Ações Afirmativas²¹⁶, foi muito importante a descoberta na referida pesquisa (*River*) da importância da diversidade racial no corpo discente para acabar com os estereótipos e a hostilidade entre os alunos.

Contudo, como aponta o mesmo trabalho dos ex-reitores americanos:; “*A ação afirmativa prejudica os negros porque os insulta ou constrange, ou destrói seu auto-respeito, ou envenena a imagem dos negros?*”²¹⁷

Dworkin nos revela que não;

“Os argumentos mais comovedores contra a ação afirmativa provêm dos negros que se sentem ofendidos ou prejudicados pelo pressuposto de que eles precisam de favores especiais. Qualquer pessoa, seja um graduando negro ou o filho bem-sucedido de pais ricos ou famosos de qualquer raça, magoar-se-á com desconfianças que desvalorizem suas realizações, e o fato de que muitos negros importantes acreditem que a ação afirmativa tenha incentivado tal suspeita é o preço indubitável e lamentável de tal política. É obviamente importante, porém, ao avaliar esse preço, descobrir quantos negros têm essa opinião. Se forma muitos, o preço é alto. Mas se a opinião for rejeitada pela maioria dos negros das instituições de elite, que tem mais probabilidades de sofrer na vida profissional e pessoal com qualquer hipótese de que suas credenciais ou realizações são falsas, ou com a imagem maculada do negro no país - se a maioria de tais formandos achar, pelo contrário, que essa luta pela diversidade racial por intermédio de políticas de admissão sensíveis à raça foi boa para eles e para sua raça – então não se pode considerar suficientemente importante o sofrimento da pequena, embora genuína, minoria que discorda a ponto de sobrepujar as vantagens que a maioria acredita que a raça conquistou.”²¹⁸

²¹⁶ Subitem 3.3.2 desta dissertação.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*..... Op. cit., p 564.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 564.

E conclui o autor:

“De fato, a maioria esmagadora dos negros entrevistados no estudo de *River* aplaude as políticas sensíveis à raça de sua universidade. Acham que as universidades agora dão mais, e não menos, importância à diversidade racial, e admitem o que o estudo confirma, que a ação afirmativa foi boa para eles, para aumentar sua renda e em outros aspectos, menos materiais.”²¹⁹

Pois bem. Após comentar a experiência americana pretérita e presente, o que nos reporta a argumentos comumente utilizados atualmente em nosso país, seja para defender as Ações Afirmativas, seja para criticá-las, é importante, como já afirmado, apresentar alguns exemplos, ainda que brevemente, da aplicação destas políticas positivas em outros países.

Atualmente é comum a adoção de programas de Ações Afirmativas em diversos países do mundo,²²⁰ em grande medida impulsionados pela experiência norte-americana, bem como pelas orientações ou determinações de convenções ou tratados internacionais de que sejam parte.

Por influência da experiência dos Estados Unidos da América, em 1960, no Canadá, também fez-se sentir os efeitos das discussões travadas a respeito da posição do homem como tal perante o poder estatal surgidas no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial. Em virtude disso, bem como pelo impacto causado pelas manifestações e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Organização das Nações Unidas, esse país acabou aprovando, depois de intensos debates em seu parlamento, a *Canadian Bill of Rights*, introduzido em nível infraconstitucional.²²¹

Posteriormente, porém, a maior parte dos direitos e das liberdades individuais previstas naquele ato legislativo foi introduzida no sistema constitucional do Canadá por meio do Ato Constitucional de 1982, que introduziu o *Charter of Rights*, de modo que as

²¹⁹ Ibidem, p. 564.

²²⁰ Esses programas recebem o nome de ação afirmativa nos Estados Unidos, discriminação positiva na Inglaterra e na Índia, padronização em Sri Lanka, reflexos do caráter federal do país na Nigéria e preferência aos filhos da terra na Malásia e na Indonésia e em alguns estados da Índia. Existem os chamados tratamentos preferenciais e sistema de cotas em Israel, na China, na Austrália, no Brasil, nas Ilhas Fiji, no Canadá, no Paquistão, na Nova Zelândia e nos estados sucessores da União Soviética.

²²¹ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action)*.... Op.cit., p. 128.

garantias individuais passaram a ser tuteladas não apenas na esfera federal, mas também no direito das províncias, em caráter geral.²²²

A partir de então, o parágrafo primeiro, do art. 15, da Constituição do Canadá²²³, estabeleceu o princípio da igualdade de todos perante a lei, proibindo qualquer discriminação baseada em situações particulares do indivíduo. O parágrafo segundo desse mesmo artigo 15²²⁴, por sua vez, estabelece expressamente uma cláusula de ação afirmativa, determinando em quais hipóteses serão admitidas exceções à cláusula geral de igualdade.

Não obstante estar constitucionalizada expressamente a previsão das Ações Afirmativas no Canadá, a Suprema Corte daquele país tem afirmado que a instituição desses programas exige a sua conjugação com o princípio geral de igualdade de todos, devendo, para sua validade, estabelecer uma relação lógica e razoável entre a diferenciação benigna feita pela norma e o fim por ela visado. Vale ressaltar, porém, que essas disposições são válidas apenas nas relações entre o particular e o Estado, sendo inaplicáveis nas relações entre particulares.²²⁵

Percebe-se, na realidade, uma tendência de constitucionalizar-se a previsão de Ações Afirmativas, conferindo-se, assim, mais importância à redução das desigualdades e diminuindo a resistência daqueles que vêm no próprio princípio da igualdade o impedimento para a adoção de tais programas.

Mais recentemente, na África do Sul, a luta e a conquista do controle político pela minoria branca permitiram que se instalasse, com o regime do apartheid²²⁶, uma desastrosa

²²² Paulo Lucena de Menezes esclarece que não houve a revogação do diploma anterior, ocorrendo a previsão dos direitos fundamentais em duplicidade, tanto na ordem infraconstitucional como na constitucional . MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action)*.... Op.cit., p. 128.

²²³ 15. (1). "Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental." Ibidem, p. 129).

²²⁴ 15(2). "A subseção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental." Ibidem, p.129.

²²⁵ Ibidem, p.130.

²²⁶ Apartheid significa estado de separação no dialeto afrikaans. De acordo com Ellis Cashmore, Apartheid é uma "palavra africana que significa 'à parte' ou separação total. No contexto sul-africano, onde o termo definia a política oficial, ele se referia à segregação entre os brancos e os definidos como 'não-brancos', com

fragmentação da sociedade, que foi sendo construída progressivamente desde 1910²²⁷ e só começou a dissolver-se em 1990²²⁸, por iniciativa do então primeiro ministro De Klerk, que autorizou a libertação de Nelson Mandela e anunciou a tentativa de transição de uma sociedade fracionada para uma nação liberal, multiétnica e democrática, tarefa árdua em face de todo o legado deixado pelo regime então vigente.²²⁹

Com o fim desse trágico momento da história, que foi permeado por sangrentas batalhas e sacrifício de líderes e militantes do movimento negro por decisão dos detentores do poder, fez-se necessária a elaboração de uma nova Constituição para o país, que refletisse os seus novos valores e objetivos sociais e políticos²³⁰. Nesse contexto, a busca de soluções que pudessem colocar o país em novo rumo no tocante à participação dos negros na sociedade desembocou nas Ações Afirmativas, que a partir de então se tornaram assunto de interesse e relevância nacional. Com a proximidade da elaboração do novo texto constitucional e a possibilidade de incluir-se as Ações Afirmativas no âmbito da declaração dos direitos fundamentais, políticos e especialistas passaram a estudar o tema e acabaram por apresentar duas propostas a seu respeito, conforme assinala Menezes²³¹:

“A primeira delas, sugerida pela South African Law Commission, em um relatório datado de agosto de 1991 (Ínterim Report on Group Human Rights), privilegiava o princípio da igualdade jurídica a) e proibia a discriminação baseada em vários

base no baasscap, filosofia que reivindicava a supremacia dos brancos". CASHMORE, Ellis. *Dicionário das relações*..... Op. cit., p. 69/73.

²²⁷ "Em 1910, a colônia passou a ser um Estado com governo autônomo, ou domínio branco, com os negros excluídos de todas as áreas de influência política. A divisão entre negros e brancos foi mantida pelo Partido Unido, sob a liderança de Jan Smuts (1870-1950), que tomou posse como primeiro-ministro em 1919. Tendo perdido o apoio da classe trabalhadora branca, foi derrotado na eleição de 1924. Retornando ao poder em 1945, Smuts, que certa vez se declarou contrário à segregação afirmou: "a manutenção de uma supremacia branca na África do Sul é uma política fixa". Entre 1946 e 1948 Smuts desencadeou uma série de movimentos destinados a retirar dos negros o seu já limitado direito ao voto e à previdência. O apartheid foi plenamente institucionalizado em 1948, com a vitória do Partido Nacionalista Africano nas eleições." Ibidem, p. 70.

²²⁸ "Em teoria, a dissolução do apartheid começou em 1990, quando o primeiro-ministro da África do Sul, F. W. De Klerk, autorizou a libertação de Nelson Mandela e anunciou a tentativa de transição de uma sociedade fragmentada e fracionada para uma nação liberal, multiétnica e democrática." Ibidem, p. 72.

²²⁹ Como anota Paulo Lucena de Menezes, "o regime de apartheid significou a implantação de um regime oficial de discriminação racial que lançou os negros a uma condição de extrema inferioridade e constrangimento, em todos os planos" MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action)*..... Op.cit., p. 131.

²³⁰ Sobre a África do Sul, Gomes analisa que depois de um delicado e bem-sucedido processo de transição política, finalmente o poder foi transferido à maioria negra sem grandes traumas, de modo que o país, atualmente, segue um rumo certo, onde o Governo está atento à pluralidade étnica, e procura manter o justo equilíbrio entre a necessidade de se expungirem os efeitos nefastos do apartheid e de garantir à minoria branca, antes monopolizadora de todas as riquezas, o seu espaço no aparelho estatal e nas demais atividades essenciais. BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*..... Op. cit., p. 11.

²³¹ MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action)*..... Op.cit., p. 132-133.

critérios (sexo, raça, religião etc.), inclusive o preconceito social, mas com a seguinte ressalva: b) Para esse fim (igualdade perante a lei) o corpo legislativo mais elevado poderá, através de legislação de força e efeitos gerais, introduzir, portanto, tais programas de ação afirmativa e votar tais fundos na medida em que forem razoavelmente necessários para garantir que, através de educação e treinamento, de programas de financiamento e de emprego, todos os cidadãos tenham iguais oportunidades de desenvolver e realizar em plenitude seus talentos e aptidões naturais. (...).

A segunda proposta, elaborada pelo próprio Comitê Constitucional do African National Congress (A Bill of Rights for a Democratic South África – Working Draft Consultation), era ainda mais incisiva, no tratamento da ação afirmativa. Constata-se: "Artigo 13. Ação Afirmativa. (1) Nada na Constituição irá excluir a aprovação de legislação, ou a adoção por qualquer órgão público ou privado de medidas especiais de natureza positiva destinadas a produzirem o incremento de abertura de oportunidades, incluindo acesso à educação, a habilidades especiais, a emprego ou à terra, e o progresso geral nas esferas social, econômica e cultural de homens e mulheres que, no passado, tenham sido prejudicados pela discriminação".²³²

Todavia, houve um avanço menor do que qualquer uma das duas propostas apresentadas, com a vigência, naquele país, da nova Constituição de 1997, em que está prescrito que "*a igualdade inclui a plena e igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas*", mas já albergava, expressamente, o princípio geral da ação afirmativa.

De acordo com Sowell²³³, a Índia, que constitui a maior sociedade multiétnica do mundo, e a mais socialmente fragmentada, é uma nação que também adota, há tempos, políticas de ação afirmativa. A 14ª emenda à constituição indiana (da mesma forma que a emenda de mesmo número à constituição norte-americana) estabelece tratamento igual para as gentes; contudo, a emenda indiana traz explicitamente uma exceção para políticas direcionadas à ajuda de segmentos desafortunados de sua população – a ação afirmativa, ou "discriminação positiva" como lá é chamada.

²³² Segundo anota o autor, essa segunda proposta tinha em foco uma visão mais abrangente e mais técnica de ações afirmativas, deixando claro, de início, que poderiam ser implantadas tanto no âmbito público como no privado. Salienta, ainda, que essa proposta foi mais além, porque associou as ações afirmativas à igualdade de oportunidades e destacou que as medidas deveriam ser dirigidas a homens e mulheres, evitando, no tocante a esse último aspecto, que os debates sobre a discriminação racial encobrissem as discriminações de gênero existentes entre os próprios nativos. MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action)*.... Op.cit., p. 128. 134.

²³³ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor*.... Op. cit., p. 23.

Originalmente, tais exceções deveriam expirar em vinte anos, mas têm sido objeto de prorrogação, bem como de ampliação.

Atualmente, naquele país, existem dois tipos de políticas preferenciais: para minorias nacionais consideradas desvalidas e para diversos grupos locais. A política para as minorias surgiu para solucionar as graves inaptidões sociais e discriminações sofridas pelos intocáveis da Índia²³⁴ e grupos à margem da tendência social do país, semelhantes aos dos intocáveis, também foram incluídos. Para os outros grupos que apresentassem desvantagens semelhantes, que abrangiam uma ampla categoria de "outras classes em atraso", criou-se a exceção constitucional às disposições sobre tratamento igualitário, possibilitando a abertura pela qual numerosos outros grupos teriam acesso preferencial a alguns benefícios, como emprego e educação.

Além da previsão no âmbito desses países, encontram-se também Ações Afirmativas no texto constitucional em países da América Latina como a da Argentina²³⁵²³⁶ e a do Paraguai²³⁷, e muitos outros que a consagram.

²³⁴ "Os intocáveis eram proscritos no sentido literal de não pertencerem a nenhuma das quatro grandes categorias de castas reconhecidas pela religião hindu. Por seu trabalho, como o tratamento do couro, ir muitas vezes contra os preceitos do hinduísmo, sempre se discutiu se seriam ou não hindus. Mesmo eles próprios se considerando historicamente hindus, muitos se converteram a outras religiões que não têm o estigma de castas." SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor....* Op. cit., p. 25.

²³⁵ A Constituição da Nação Argentina de 22 de agosto de 1994, no capítulo quarto, que trata das atribuições do Congresso, dispõe, em seu artigo 23, que cabe àquela casa: "Legislar e promover medidas de ação positiva que garantam a igualdade real de oportunidades e de trato e pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos por esta Constituição e por tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos, em particular das crianças, mulheres, anciãos e pessoas com incapacidade."

²³⁶ Na Argentina o viés dado à ação afirmativa é bastante semelhante com o que foi conferido em nosso país. Patrícia Laura Gómez, em palestra proferida sobre "Acciones afirmativas como promoción de grupos desaventajados. Um análise sobre el caso argentino", na III Jornada sobre Direitos Humanos e Libertades Fundamentais, realizada na cidade de Zaragoza, nos dias 8 e 9 de novembro de 2001, fez a seguinte abordagem: "Si el concepto moderno de ciudadanía supone la capacidad de actuar con otros iguales, se presenta la necesidad de implementar acciones para que en el mediano y largo plazo esa igualdad entre los sujetos sea efectiva, a fin de 'abandonar' el principio de inclusion excluyente. Las acciones afirmativas o positivas constituyen un de los caminos posibles en el ámbito formativo. Pueden definirse con aquellos mecanismos adoptados por las instituciones publicas o privadas con el objeto de garantizar el principio da igualdad de oportunidades en presencia de grupos históricamente desaventajados, a través de la incorporación de una porción significativa de miembros de estos sectores en determinadas posiciones o promoviendo algunas situaciones especiales para los mismos. Estos mecanismos de acciones positivas pueden implementarse de dos formas. Una de ellas es a través de objetivos como metas a cumplir en um período de tiempo determinado previamente, y un buen ejemplo lo constituyen la Plataforma de Acción de Beijing (Naciones Unidas, 1995) y algunos Planes de Igualdades de países europeos, como España. Otra forma, tal vez la mas conocida, es a través de cuotas, es decir la obligatoriedad temporal de incorporar un número mínimo e indispensable de individuos pertenecientes a grupos desaventajados socialmente en determinadas posiciones."

A América Latina difere bastante dos EUA, seja a respeito da situação racial, do grau de sofisticação do debate²³⁸ e do interesse político pelo tema, que tende a ser muito menor.

Muitos países latino-americanos apresentam uma história não muito diferente da brasileira no que se refere à atuação do Estado nas relações raciais: no passado, medidas visando fortalecer um sistema de castas; em épocas mais recentes, apoio a um certo tipo de mestiçagem; a partir dos anos 20 ou 30, articulação de discursos centrados na criação de uma nova raça nacional, que incorporasse e transformasse as diferentes etnias (em torno de *slogans* político-intelectuais como "*raza cósmica*" no México, "*café con leche*" na Venezuela, "*color cubano*" em Cuba, substituição do termo índio pelo termo *campesino* no Peru). As medidas tomadas, ou as tentativas legislativas, contra a discriminação racial têm sido poucas. Nas últimas duas décadas a situação vem-se modificando.

3.4 – A APLICAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DESTAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL EM *TERRAE BRASILIS*, PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS 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 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

²³⁷ Antes mesmo do que ocorreu na Argentina, a Constituição da República do Paraguai já havia adotado o princípio da igualdade das pessoas, em seu artigo 46, com o seguinte teor: "Todos os habitantes da República do Paraguai são iguais em dignidade e direitos. Não se admite discriminações. O Estado removerá os obstáculos e impedirá os fatores que o mantêm ou propiciam".

²³⁸ Por exemplo, os debates sobre a "família negra" e a *black underclass* estão quase ausentes na América Latina, mas suas vertentes que tendiam a considerar os problemas da família negra como patológicos têm tido grande penetração nas ciências sociais norte-americanas, além de influenciarem fortemente a discussão política sobre o funcionamento do Estado social nos EUA.

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, já o dissemos, sempre foi previsto em nossos textos constitucionais, que a trataram com maior ou menor profundidade.

Pode-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...”²³⁹

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"*.²⁴⁰

²³⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994. p.24-25.

²⁴⁰ MANTOAN, Maria Teresa Eglér. *A integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema*. São Paulo: Memmon, 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 autoavaliação 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 República²⁴¹, regulamentado pelo art. 5º, § 2º²⁴², da Lei n.º 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 Carmen Lúcia Antunes 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 por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desigualando, agora, positiva e afirmativamente.”²⁴³

Além dessa ação afirmativa estabelecida em prol dos deficientes físicos, outras duas devem ser mencionadas: a) o art. 93 da Lei n.º 9.213/91²⁴⁴, sensível à desigualdade no

²⁴¹ 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;

²⁴² § 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.

²⁴³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa: O conteúdo...* Op. cit., p. 292.

²⁴⁴ 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%;

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.º 8.666/93²⁴⁵, que prevê a possibilidade de contratação pela Administração Pública de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, mediante dispensa de licitação²⁴⁶.

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 reconhecidamente existentes no Brasil. Trata-se da Lei n.º 9.504/97²⁴⁷, que em seu art. 10, § 3.º²⁴⁸, 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,²⁴⁹ o que somente ocorreu por causa da pressão feita pelo movimento feminino.²⁵⁰

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

| | |
|------------------------------|-----|
| 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.

²⁴⁵ 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.

²⁴⁶ 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, op. cit., p.293).

²⁴⁷ O artigo 11, parágrafo 3., da Lei n.º 9.100/96, que antecedeu no tempo a Lei n.º 9.504/97, previa que o percentual de 20% das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por mulheres.

²⁴⁸ § 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.

²⁴⁹ 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 1.º de dezembro de 1991. Em 1993, a Central Única dos Trabalhadores adotou medida semelhante.

²⁵⁰ A Lei n.º 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.

Vereadores de São Paulo teve apenas duas mulheres negras.²⁵¹ 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.²⁵²

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. Só muito recentemente vozes dissonantes têm chamado a atenção sobre a singularidade de nossas relações raciais.

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.²⁵³

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.).²⁵⁴ 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.²⁵⁵

²⁵¹ Disponível em <<http://www.aba.adv.br/index.php?action=noticia&id=1370&datanot=29/06/2004>>. Acesso em 02 jul 2006.

²⁵² XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

²⁵³ SILLVA, Luiz Fernando Martins da. Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros. Disponível em: <www.achegas.net/numero/cinco/l_fernando>. Acesso em: 29 jun. 2006.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo:RCS, 2004.

Depois de 1988,²⁵⁶ o movimento negro reorganizou-se e procurou denunciar o "mito" da democracia racial,²⁵⁷ 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 afirmativas²⁵⁸; 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 étnico-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 seguinte²⁵⁹ 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*

²⁵⁶Embora 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.º 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.

²⁵⁷ 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.

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ 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.

*profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta", "formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a população negra" e "apoiar as ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva".*²⁶⁰

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.²⁶¹

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)²⁶². 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.²⁶³

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

²⁶⁰ PROGRAMA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS - PNDH. Brasília, 1996. p. 30.

²⁶¹ Nesse sentido, ver, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença*.... Op. cit., p. 141; BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa*.... Op. cit., p. 32-33; VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações Afirmativas e o Princípio*.... Op. cit., p. 48-65.

²⁶² 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.

²⁶³ *Ibidem*. p. 9-17.

nascer de cor parda ou de cor preta aumentava de forma significativa a probabilidade de um brasileiro ser pobre.”²⁶⁴

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 2002 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.²⁶⁵

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.²⁶⁶

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 escolaridade média dos adultos gira em torno de 6 anos.²⁶⁷

²⁶⁴ Ibidem. p., 11

²⁶⁵ 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.

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade Racial no Brasil.....* Op. cit., 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%).”²⁶⁸

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.

É certo que, nos últimos anos, alguns atos do Poder Público têm tentado amenizar tal situação.

Exemplo disso temos que pelo legislativo federal²⁶⁹ foi aprovada recentemente a Lei n.º 10.558/2002²⁷⁰, que cria o Programa Diversidade na Universidade, que visa implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros.

²⁶⁸ IBGE. Op. cit., p. 222-223.

²⁶⁹ No âmbito do Legislativo Estadual, cabe citar que o Estado do Rio de Janeiro aprovou diversas leis instituindo ações afirmativas no acesso aos cursos de graduação da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) e UENF (Universidade do Norte Fluminense) para os afrodescendentes e alunos oriundos de escolas públicas, tais como as Leis n.º 3.524/2000, n.º 3.708/2001, n.º 4.061/2003 e n.º 4.151/2003.

²⁷⁰ Art. 1.º Fica criado o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros.

Encontram-se em gestação, no Congresso Nacional, inúmeros projetos de lei, conforme notícia Moehlecke²⁷¹:

“Na esfera do Poder Legislativo nacional, encontramos propostas de ações afirmativas, especialmente no que diz respeito ao acesso ao ensino superior. Em 1993, encontramos a proposta de Emenda Constitucional do então deputado Florestan Fernandez (PT/SP); em 1995, a então senadora Benedita da Silva (PT/SP) apresenta os projetos n.o 13 e 14; no mesmo ano é encaminhado o projeto de lei n.o 1239, pelo então deputado federal Paulo Paim (PT/RS); em 1998, o deputado federal Luiz Alberto (PT/BA) apresenta os projetos de lei n.o 4.567 e 4.568; e, em 1999, temos o projeto de Lei n.o 298, do senador Antero Paes de Barros (PSDB). Analisando o conjunto dos projetos, observamos que são apresentadas diferentes propostas: a concessão da bolsa de estudo; uma política de reparação que, além de pagar uma indenização aos descendentes de escravos, propõe que o governo assegure a presença proporcional destes nas escolas públicas em todos os níveis; o estabelecimento de um Fundo Nacional para o Desenvolvimento de Ações Afirmativas; a alteração no processo de ingresso nas instituições de ensino superior, estabelecendo cotas mínimas para determinados grupos. Na definição dos grupos beneficiados, os projetos estabelecem critérios exclusivamente raciais/étnicos ou sociais, ou procuram utilizar ambos os critérios. Naqueles que estabelecem grupos raciais, temos como público-alvo os "negros", "afrobrasileiros", "descendentes de africanos", ou setores "etno-raciais socialmente discriminados", em que estaria incluída a população indígena. Há projetos específicos para a população denominada "carente" ou para os alunos oriundos da escola pública.²⁷²

Esses projetos de lei ainda não foram aprovados pelo Congresso Nacional²⁷³. No entanto, outras medidas afirmativas foram adotadas no plano federal²⁷⁴. No Ministério do Desenvolvimento Agrário, por exemplo, foi estabelecido, desde 2001, que 20% das funções de confiança e dos cargos em comissão do Ministério e do Incra seriam ocupados por servidores negros, e que as empresas terceirizadas que contratassem com referidos órgãos deveriam manter em seus quadros esse mesmo percentual de pessoas negras. O Ministro da Justiça, mediante Portaria, determinou que até o fim de 2002 os cargos de assessoramento no Ministério fossem destinados 20% para os negros, 20% para as mulheres e 5% para os portadores de deficiência física, aplicando-se os mesmos percentuais para as empresas

²⁷¹ MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil. Cadernos de Pesquisa – FCC*, São Paulo, n.1, fasc. 117, p.197-217, nov. 2002 (quadrimestral).

²⁷² MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história.....* Op. cit., p.207/208.

²⁷³ O Ministério da Educação está trabalhando num projeto de reforma universitária, cujo encaminhamento ao Congresso Nacional será dado assim que concluído o debate a seu respeito. Em seu formato original, o projeto previa que metade das vagas oferecidas pelas universidades públicas deveria ser preenchida por alunos da rede pública, mantendo-se a proporção de cada grupo racial existente de acordo com as estatísticas apuradas pelo IBGE.

²⁷⁴ A Lei n.o 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, talvez tenha sido o instrumento legal que mais avanço trouxe no tocante à promoção da igualdade material.

terceirizadas na contratação de seus funcionários. Ainda no Executivo Federal o Ministério das Relações Exteriores decidiu que a partir de 2002 seriam concedidas vinte bolsas de estudos para afrodescendentes que pretendessem preparar-se para o concurso de ingresso na carreira diplomática.

Destaca-se, ainda, que em 21 de dezembro de 2001 o Supremo Tribunal Federal criou reserva de 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para pessoas portadoras de deficiência, a serem observadas pelas empresas prestadoras de serviços terceirizados contratadas pela Corte.

No campo da educação de nível superior, grandes universidades como a UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), UENF (Universidade do Norte Fluminense), UnB (Universidade de Brasília), Unifesp (Universidade Federal de São Paulo); Ufal (Universidade Federal de Alagoas) e UFPR (Universidade Federal do Paraná) instituíram nos últimos anos sistema de reserva de vagas por critérios raciais, como afrodescendentes/negros e indígenas, e (ou) sociais, como no caso de vagas para alunos oriundos exclusivamente de escolas públicas.

A UERJ foi uma das instituições que primeiro implementou um programa de ações afirmativas em seus vestibulares para alunos carentes e afrodescendentes.

Atualmente, 45% das vagas do vestibular dessa Universidade são reservadas para alunos cotistas, divididas da seguinte forma: 20% para afrodescendentes, 20% para alunos de escolas públicas e 5% para pessoas com necessidades educativas especiais e minorias étnicas.²⁷⁵

Na ocasião de sua implementação, centenas de ações foram propostas impugnando a validade dessa política de cotas²⁷⁶, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

²⁷⁵ UNIVERSIA. **Cotas:** qual é a situação? (28/02/2005) Disponível em: <<http://www.universia.com.br/materia/materia.jsp?id=6329>>. Acesso em: 30 jun 2006.

²⁷⁶ Além dos mais de 200 mandados de segurança individual, três representações de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal foram ajuizadas contra as Leis Estaduais n.o 3.524/2000, n.o 3.708/2001, n.o 4.061/2003 e n.o 4.151/2003, que instituíam ações afirmativas. As ações ajuizadas contra as três primeiras leis foram arquivadas pelo STF e pelo TJ/RJ, por perda de objeto, ante a edição de nova lei regulando inteiramente a matéria. Aquela movida contra a última lei aguarda julgamento no TJ/RJ.

cassado as liminares concedidas na primeira instância, dando pela constitucionalidade dessas medidas.²⁷⁷

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 da 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.

Entendemos 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.

²⁷⁷ O acórdão proferido no julgamento da Apelação 2004.001.32883, de 16/05/2005, 11.a Câmara Cível, Relator o Desembargador Cláudio de Mello Tavares, foi ementado da seguinte forma: “*Apelação Cível em Mandado de Segurança. Denegação do Writ. Sistema de Cota Mínima para População Negra e Parda e para Estudantes Oriundos da Rede Pública Estadual de Ensino. Leis Estaduais 3524/00 e 3708/01. Exegese do Texto Constitucional. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que está a nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito constante do art. 5.o, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art.206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese cega, meramente formal, ou seja, a uma exegese de igualação dita estática, negativa, na contramão com a eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza. (...). Recurso conhecido e improvido”.*

Todavia, mostramos também que para isso devemos lutar contra um outro paradigma que se faz dominante em nível mundial, todavia com reflexos imensos e negativos para nosso país, caso não o superemos, 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 podemos 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.

Com base nos exposto no primeiro capítulo desta pesquisa, em que tratamos do cenário estatal, baseado na visão do autor José Luis Bolzan de Moraes, podemos 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 fundamentais²⁷⁸.

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.*”²⁷⁹

Todavia, sabemos 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

²⁷⁸ Neste aspecto nos reportamos àquilo que foi argumentado em favor dos direitos sociais, no Capítulo 1, subitem 1.3, p. , os quais, para nós, entendemos ser direitos humanos fundamentais

²⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990, p25.

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.”²⁸⁰

Aqui podemos 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.”²⁸¹

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.

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.

²⁸⁰ HENRIQUES, Ricardo. *Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação*. Brasília: Unesco, 2002, p. 29.

²⁸¹ 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 2006.

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 podemos 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, podemos referir, com José Luis Bolzan de Moraes:

“...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.”²⁸².

Não obstante isso, entendemos que, tais ações positivas não só respeitam os princípios abordados no Capítulo 2 desta pesquisa, como também são capazes, usando como exemplo até mesmo os últimos dados apresentados na pesquisa norte-americana (abordada no subitem 3.3.3) 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 findamos esta pesquisa, certos de que nos posicionamos 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.

²⁸² MORAIS, José Luís Bolzan. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In *Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* / Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 64.

CONCLUSÃO

Pois bem, ao concluirmos este trabalho temos 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, nos 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 fulcrados 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.

Todavia, importante referir, como apresentado no primeiro capítulo desta pesquisa, que há a necessidade de se tratar com profundidade o desafio da reordenação institucional do País, a fim de se evitar que, em nome da restauração da governabilidade, seja sutilmente promovida a desmontagem de importantes direitos sociais duramente conquistados pelas minorias segregadas após décadas de luta.

*As crises interconectadas do Estado*²⁸³ podem ser consideradas o pano de fundo na fundamentação para o déficit crescente da efetividade das políticas de inclusão social, haja vista, primeiro, a falta de sustentação no edifício estatal concretizado na questão da soberania e sua relativização (crise conceitual), segundo, e talvez a mais ligada a questão das Ações Afirmativas, a problemática estrutural do Estado, em se tratando das crises do Welfare State, como as crises fiscal, ideológica e filosófica, bem como do modelo que emerge como uma transformação da fórmula Estado de Direito/Welfare State, o qual seria o Estado Democrático de Direito, as quais apresentam uma perda de terreno para as idéias

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 130

neoliberais de Estado mínimo, e, em um terceiro momento uma crise institucional (constitucional), onde vislumbramos de maneira exacerbada uma desconstitucionalização, o desrespeito a Carta Maior, com a inefetividade dos direitos fundamentais, mormente se falando, o que é o cerne desta pesquisa, a inefetividade do princípio constitucional da igualdade em seu aspecto material.

Com a mudança do pensamento sobre a aplicação da Constituição, da legislação infraconstitucional, e do Direito como um todo, poderemos 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*²⁸⁴, 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 para nós 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.

Advogamos 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.

²⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise....* Op. cit., p. 27.

Dando continuidade a pesquisa, no segundo capítulo desta dissertação, abordamos tanto o Princípio da Igualdade, fundado no art. 5º da Constituição Federal de 1988, quanto o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este com alicerces no art. 1º, III da Carta Magna.

Ao somarmos estes Princípios, e verificando-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 podemos 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 negros²⁸⁵, 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, ao adentrarmos no último e principal capítulo desta pesquisa, vimos que não podemos 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

²⁸⁵ 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.

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.

Alguns acreditam que as discriminações positivas são apenas privilégios, mas esse pensamento é desmotivado, pois as políticas positivas de inclusão social traduzem-se, dentre outros elementos de sustentação, em um expediente reparatório e não um meio de imputação de benefício infundado, até porque, caso fosse diferente, aí sim, neste caso, teríamos uma grave afronta ao princípio da igualdade.

É claro que essas ações devem ser calcadas em uma justificativa objetiva e razoável, devendo estar presente, por isso, uma relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida.

A Constituição brasileira possui dispositivos que não só possibilitam a adoção de Ações Afirmativas por parte do Estado e de particulares, mas, de fato, criam verdadeiro mandamento de sua implementação sob pena de inconstitucionalidade por omissão.

Pela Constituição brasileira, portanto, vimos que não é ilegal discriminar positivamente, com o objetivo de criar melhores condições para determinado grupo historicamente não privilegiado pela sociedade. Essa visão vem acompanhar a idéia da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário. A mensagem, presente no preâmbulo da nossa Constituição, é clara, reconhece a existência de desigualdades e o dever de combatê-las.

Por isso do nosso 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.

E vimos isso ao comentarmos uma das obras de Ronald Dworkin²⁸⁶, quando o mesmo nos traz o estudo intitulado *The Shape of the River*, onde ficou constatado que a experiência norte-americana de 30 anos de implementação das Ações Afirmativas em seus bancos escolares, mercado de trabalho, etc., foi considerada vitoriosa.

Aliás, pelo exposto no primeiro capítulo desta dissertação, quando mencionamos das crises do Estado, claramente exposta por Bolzan de Moraes a acompanhada por nós, e, logo após, da dificuldade dos operadores jurídicos em aceitarem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, ficou claro que as Ações Afirmativas, aplicadas como um dos mecanismos mais fortes utilizados para a inclusão social, ou seja, como conseqüências da efetivação dos direitos fundamentais baseados nos princípios constitucionais da dignidade

²⁸⁶ Este autor nos traz no final do Capítulo 11, intitulado: “*Ação Afirmativa: Funciona?*”, que, “ (...) segundo as melhores provas até este momento disponíveis, a ação afirmativa não é contraproducente. Pelo contrário, parece muito bem-sucedida. Nem é injusta: não transgride os direitos individuais nem compromete nenhum princípio moral...”. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*.... Op. cit., p. 578.

da pessoa humana e da igualdade, são exemplos primorosos de um desenrolar harmonioso entre o edifício estatal, o Direito e a sociedade, inseridos em um Estado Democrático de Direito, conforme preconiza nossa Constituição, onde a busca da cidadania deve ser constantemente a pauta diária, pois esta está ligada diretamente na participação de todos no seio da sociedade, onde não se deve ter espaço (ou pelo menos deve-se lutar constantemente contra) às eventuais crueldades humanas, como por exemplo, o preconceito em suas diversas formas.

Sendo assim - e certo de que alcançamos o almejado desde as primeiras linhas desta pesquisa, o qual seria a sugestão de que as Ações Afirmativas são medidas importantes e eficientes para apagarmos as desigualdades sofridas por grupos qualitativamente minoritários em nossa nação -, temos que, a aplicação de tais políticas, podem até mesmo não cessar com todas as formas de discriminação negativa que possuímos em nossa sociedade, todavia, possuem um caráter renovador e instituidor de respeito e igualdade substancial para aqueles que foram e são vilipendiados em sua dignidade humana diuturnamente, fazendo com que estes sejam definitivamente incluídos e participem ativamente do cenário de um Estado Social e Democrático de Direito.

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.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 5ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

_____. *O futuro da democracia*. 7. ed. rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In Direito Humanos, Direitos Sociais e Justiça, José Eduardo Faria org., São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. *O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal*, em *Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídica*. Coordenação Beatriz di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovezan, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.

CASHMORE, Ellis et al. *Dicionário das relações étnicas e raciais*. Trad. Dinah Kleve. São Paulo: Summus, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdade, desigualdades*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 1, 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.

D'ADESKY, Jacques. *A Singularidade do Debate em Torno da Política de Ação Afirmativa no Brasil. Proposta*, Rio de Janeiro, n. 76, p. 23, mar/maio de 1998.

DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DE PESSOAS QUE PERTENCEM A MINORIAS NACIONAIS OU ÉTNICAS, RELIGIOSAS E LINGÜÍSTICAS DE 1992 (art. 4º). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos>. Acesso em 20 maio 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*; tradução: Jussara Simões; revisão técnica e tradução Cícero de Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689p

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

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Eurico de Lima. In BARRETTO, Vicente de Paulo.(Coordenador). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora 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.

_____. *Algumas Notas Revisadas sobre Democracia, Igualdade e Ação Afirmativa*, in www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 20 maio 2006.

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

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

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.

_____. *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 Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

IANNI, Octavio. *A Sociedade global*. 11ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

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/condicaodevida>. Acesso em 22 jun 2006.

KRELL, ANDREAS JOACHIM. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret Editora e tradutora, 2005.

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.

MARTÍN-RETORTILL, Lorenzo. *Regimen constitucional de los derechos fundamentales*. In *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988.

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

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. vol. IV, 3ª ed*. Coimbra. Coimbra Editora, 2000.

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*. Cadernos de Pesquisa – FCC, São Paulo, n.1, fasc. 117, p.197-217, nov. 2002 (quadrimestral).

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização*, em *Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* / Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General* 1. ed. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

_____. *La dignidad de la persona desde la Filosofia del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2003.

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

_____. *Implementação do direito à igualdade racial*. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, v. 9, out, 2001.

_____. *Organismos e Procedimentos Internacionais de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In *Revista Direito, Estado e Sociedade*. N. 12. PUCRJ. Rio de Janeiro . 2002.

_____. *Democracia, Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 30 jun 2006.

_____. *Democracia, Direitos Humanos e globalização*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/index.html>> Acesso em 10 abr. 2006.

PROGRAMA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS - PNDH. Brasília, 1996.

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

RIOS, Roger Raupp, *Ações afirmativa no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir de debate constitucional estadunidense*. In. Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005-Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS; Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006. v. 1, t. 1.

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

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente - contra o desperdício da experiência*. São Paulo. Cortez. 2000.

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

_____. *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*. 1ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

SCAFF, Fernando F. *A responsabilidade do Estado intervencionista*. S. Paulo: Saraiva, 1990.

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

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

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

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/l_fernando>. Acesso em: 29 jun. 2006.

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

SILVA, Maria Aparecida da. Ações Afirmativas para o povo negro no Brasil. IN: Racismo no Brasil. São Paulo: Peirópolis; ABONG, 2002.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3ª ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*, em *Teoria dos Direitos Fundamentais / Organizador Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, RENOVAR, 1999.

_____. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. IN *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

UNIVERSIA. *Cotas: qual é a situação?* (28/02/2005) Disponível em: <www.universiabrasil.net>. Acesso em: 15 maio 2005.

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

WALTERS, Ronald. O Princípio da ação afirmativa e o progresso racial nos Estados Unidos. Revista estudos Afro-Asiáticos, Rio de Janeiro, Centro de Estudos Afro-Asiáticos, n. 28, p. 130, out.1995.