

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND AFFIRMATIVE ACTIONS

NILSON TADEU REIS CAMPOS SILVA *

RAFAEL SELICANI TEXEIRA **

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DIGNIDADE HUMANA. 3. O MULTICULTURALISMO E O DIREITO A DIFERENÇA. 3.1 Minorias e grupos de vulnerabilidade. 4. AS AÇÕES AFIRMATIVAS. 4.1 Políticas Públicas. 4.2 A função do judiciário na efetivação dos direitos. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

RESUMO: A análise tem o objetivo de sinteticamente apresentar conceitos básicos que fundamentam a defesa da ideia da possibilidade de o Estado, bem como a própria sociedade executarem medidas discriminatórias lícitas, ou seja, que não ofendam o ordenamento jurídico posto. Parte-se do pressuposto da existência de uma sociedade multifacetada, com diferentes grupos de pessoas que se formam com base em similaridades de interesses ou outros aspectos que os aproximam. Tal sociedade apesar de favorecer a vontade da maioria, uma vez fundada em um estado democrático de direito, deve obediência a princípios que garantem diversos direitos mesmo aqueles que não fazem parte da maioria. A proteção das minorias e dos chamados grupos de vulnerabilidade é visto não apenas como um poder, mas um dever do estado que, fundamentado na dignidade da pessoa humana, deve agir positivamente na busca de proporcionar também as minorias e indivíduos em situação de fragilidade, seja ela de qualquer natureza, os direitos fundamentais garantidos pelo legislador constituinte. Tais ações podem estar revestidas de aspectos de políticas públicas, através de leis, decretos e programas de discriminações lícitas positivas, ou através de decisões judiciais que atendam às necessidades de tais pessoas no caso concreto.

PALAVAS CHAVES: IGUALDADE. DIREITO À DIFERENÇA. AÇÕES AFIRMATIVAS.

ABSTRACT: The review aims to briefly present the basic concepts that base the defense of the idea of the possibility of the state and society itself perform legal discriminatory measures, other words that do not offend the legal system . It starts with

* Doutor em Direito (Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino (2011), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2004), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1980), Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho e em Administração de Empresas pela Universidade Estadual de Maringá. É professor adjunto da Universidade Estadual de Maringá - UEM e do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR, e advogado.

** Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2009) e mestrando do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, em Direitos da Personalidade. É professor da Faculdade Alvorada, e advogado

the assumption of a multifaceted society, with different groups of people that are formed based on similarity of interests or other aspects that bring them closer. Such society although favoring majority's will, once established in a democratic state of law, must obey the principles that guarantee various rights even for those who are not part of the majority. The protection of minorities and so-called vulnerable groups is seen not only as a power but a duty of the state who, based on human dignity, should take positive action in pursuit of providing minorities and also to individuals in situations of fragility, is it of any kind, the fundamental rights guaranteed by the constitutional legislator. Such actions may be faced with issues of public policy, through laws, decrees and programs of legal positive discrimination, or by judicial decisions that meet the needs of such persons in this real case.

KEYWORDS: EQUALITY. RIGHT TO DIFFERENCE. AFFIRMATIVE ACTIONS.

1. INTRODUÇÃO

A existência de inúmeros grupos de indivíduos que, por opção própria ou contingências da vida se unem em volta de interesses em comum, visando com isso o fortalecimento de sua expressão dentro da sociedade é uma das marcas evidentes do fato de vivermos em uma sociedade multiculturalista.

Baseada em um Estado democrático de direito, a sociedade brasileira não é diferente, apresentando inúmeros agrupamentos de sujeitos que, em muitos dos casos, excluídos pela maioria, tentam de diversas formas a efetivação dos direitos mais fundamentais do ser humano.

Com base no princípio da igualdade, em um sentido substantivo ou concreto, se faz uma análise da importância do respeito à dignidade humana destes indivíduos que compõem tais grupos de fragilidade jurídica, principalmente baseada em uma negativa a condição real de cidadão.

Neste prisma, diferencia-se a situação de grupos de vulnerabilidade, pela ausência, entre outros requisitos, do sentimento de pertença, e as minorias que possuem forte apelo de solidariedade e identificação entre seus membros.

A proposta que se discute é a ação efetiva do Estado em conjunto com as instituições da sociedade civil na tentativa de incluir ou ao menos reduzir as desigualdades vistas em relação aos grupos minoritários ou de vulnerabilidade.

Nas palavras de Nilson Tadeu Reis Campos Silva,

É que a questão, como muitas no Brasil, não é a existência de leis. O problema que aflige as minorias, os grupos vulneráveis e, em especial,

as pessoas com deficiência, radica na falta de eficácia das leis existentes, desde o não acultramento no *ethos* do direito e do respeito à diferença.²

O Estado, através de ações afirmativas, tem o poder-dever de proporcionar uma isonomia entre as pessoas, independente se estas fazem ou não parte da maioria, ou se possuem ou não os mesmo interesses, sendo através de programas coordenados pelo poder executivo com fundamento na legislação vigente, ou até mesmo na atividade jurisdicional nos casos concretos que careçam de uma atuação dos magistrados.

Charles Taylor apresenta como justificativa para as ações afirmativas do Estado, ou para o que ele chama de “ignorância da diferenças”, a existência de uma discriminação histórica que criou um padrão, “no seio do qual os desfavorecidos estão em desvantagens para lutar”. No entanto, ele ressalta a necessidade de tais medidas serem temporárias até restabelecimento do nivelamento do “campo de batalha”, deixando todos em igualdade de condições.³

É garantindo os interesses também das minorias que há a efetivação do princípio constitucional da igualdade, que tem suas bases fincadas na dignidade da pessoa humana, condição a que todos usufruem, ou ao menos na teoria deveria assim o ser.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DIGNIDADE HUMANA

A sociedade consumista que se apresenta seletiva por natureza e excludente por consequência, e que em muitos países democráticos apregoa um Estado de Direito, ainda possui um débito para com seus cidadãos. Segundo Zygmunt Bauman “[...] há um grande e crescente abismo entre a condição de indivíduos de jure e suas chances de se tornar indivíduos de fato – Isto é, de ganhar controle sobre seus destinos e tomar as decisões que em verdade desejam”.⁴ Ainda que com as minorias e grupos vulneráveis, o débito seja muito maior do que com a maioria incluída.

Essa apresentação é seletiva uma vez que as classes, visíveis ou não, existem e determinam em muitos aspectos os limites físicos, sociais e econômicos de cada

² SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Alteridade: a identificação da diferença. In: *Direitos Culturais*: revista do programa de pós-graduação em direito – Mestrado – URI Santo Ângelo. Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010, p. 156.

³ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 60.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 48.

indivíduo. A região em que determinado cidadão nasce, o sotaque que este pronuncia, o ensino a que tem acesso e até mesmo o tipo de alimentação que faz, determina, se não obrigatoriamente, com muita pressão os objetivos e metas possíveis.

A sociedade se afigura como excludente no sentido de que, independente da sua situação de vida ao nascer, se ao indivíduo não é disponibilizado o mínimo para que se desenvolva, este estará fadado a ser deixado à margem da sociedade, tendo acesso apenas as “sobras e restos sociais”.

Dessa forma, o preceito básico do Estado democrático de direito, qual seja a igualdade dos seus membros, e que se encontra resguardado em cláusula cristalizada e intangível na Constituição Federal, não existe na realidade não passando de um “elefante branco”, que é bonito, é elegante, quer dizer muita coisa, mas na prática nada apresenta de eficácia.

Talvez, ao pensar na justiça como equidade, John Rawls tenha imaginado que com uma constituição tão rica de direitos e garantias, determinada sociedade seria genuinamente justa. Ou talvez já tivesse imaginado que ainda que “leis e instituições, não importa quão eficientes e bem elaboradas sejam, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas”.⁵

Para o citado pensador, que se dedicou a criar sua própria teoria da justiça, uma sociedade justa é aquela que os direitos garantidos pela justiça não podem ser objeto de negociações políticas ou de interesses sociais⁶, destacando a importância de se atingir um nível tal de igualdade, que independente do status social, econômico ou financeiro, os indivíduos tenham pleno acesso aos seus mais fundamentais direitos.

O princípio da igualdade, previsto na constituição federal em diversos artigos, além de garantir o tratamento igual formal perante a lei, deve implementar materialmente direitos e oportunidades de forma que, mesmo com diferenças de situações as garantias constitucionais sejam alcançadas por aqueles que se encontram em situação de fragilidade ou as minorias.

⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 03.

⁶ Autor e ob. cit., p. 04.

John Rawls considerava a igualdade como um dos princípios da justiça, entendido como um maior número de liberdades básicas que garantiriam uma isonomia em direito e nos direitos.⁷

Ronald Dworkin, por sua vez, apresenta sua própria ideia sobre a igualdade, a qual, segundo o teórico, seria o direito a ser tratado como igual, ou seja, a distribuição de oportunidades seria derivada de uma igualdade de respeito e consideração.⁸

Inicialmente o princípio da igualdade apresentava outro significado, ainda embrionário do que viria a se tornar mais tarde. No constitucionalismo medieval, a igualdade apresentava um aspecto geométrico, ou seja, se baseava em classes sociais pré-determinadas. O direito atribuído a cada indivíduo era aquele que este receba de seus antecessores.

O direito natural visto como um direito de nascença predominava no entendimento da sociedade. As mudanças sociais eram quase inexistentes e assim as possibilidades e oportunidades eram definidas pela casta ou categoria que o indivíduo nascia.

No mesmo sentido se apresentava o conceito à dignidade humana, que era atribuída, tanto no direito romano como no grego, à apenas uma parcela da sociedade. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, existiam na sociedade grega graus diferenciados de dignidade. Apenas os cidadãos, que eram um número restrito de indivíduos eram iguais e dignos⁹.

Atrelada a ideia de dignidade, o conceito de pessoa também não era atribuído a todos os indivíduos participantes da sociedade. Essa universalização do conceito de pessoa se deu na idade média com a propagação do cristianismo. A ideia de semelhança de todo e qualquer indivíduo a Deus, introduziu a estendeu a dignidade humana para todos às pessoas.¹⁰

No constitucionalismo clássico, o conceito de igualdade atinge um aspecto mais formal com o fim dos privilégios. A igualdade que antes se apresentava geométrica

⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XIII – XIV.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, p. 358-360.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 30.

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 155.

passa a atribuir de forma aritmética direitos para todos independentemente de sua classe social, seus antepassados ou sua condição sócio-econômica.

Para Emmanuel Kant, “cada membro desse corpo deve poder chegar a todo o grau de uma condição [...] a que possam levar o seu talento, a sua atividade a sua sorte, e é preciso que os seus co-súditos não surjam como um obstáculo no seu caminho”¹¹, deixando evidente o forte cunho individualista que apresentava os pensamentos da época.

A burguesia tomava a frente na produção e desenvolvimento dos ideais a serem seguidos. O liberalismo começava a plantar suas sementes, mostrando que independente de raízes ou tradições, o Estado nada mais deveria fazer que assegurar a liberdade para o pleno desenvolvimento de cada indivíduo.

A ideia de dignidade humana então se firmava como um pressuposto do ser humano, uma vez que cada indivíduo não poderia ser considerado um meio para qualquer fim, por mais nobre que fosse. Segundo a fórmula kantiana do objeto a diferença do ser humano para os outros animais é o fato daquele possuir dignidade, que consiste em não poder ser tratado como meio, como um simples instrumento ou objeto. O ser humano é, portanto, um fim em si mesmo.¹²

A próxima fase de evolução da igualdade ocorreu no constitucionalismo social, no qual o surgimento dos direitos sociais, econômicos, coletivos e difusos, destacou uma nova perspectiva da igualdade entre os cidadãos: a necessidade da atuação positiva do Estado.

A sociedade liberal, a despeito do grande desenvolvimento científico e produtivo, proporcionado por uma burguesia forte e individualista, alavancada pela revolução industrial e pela formação dos estados nacionais, produziu um efeito nefasto em relação a uma vasta maioria de indivíduos que não detinham um mínimo de poder ou condição financeira: o Estado, antes apenas passivo e observador do desenvolvimento social, se viu obrigado a garantir um mínimo de direitos àqueles que por si só não alcançassem as condições básicas de sobrevivência.

¹¹ KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 77.

¹² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995, p. 65.

O indivíduo passa a ser credor do Estado que de forma ativa proporciona serviços e garantias àqueles que se encontrassem em situação de fragilidade ou desprovido dos meios mínimos de sobrevivência. A ideia passa a ser que a igualdade deve ser garantida de forma a proteger os hipossuficientes, recuperando o equilíbrio que por qualquer motivo não tivesse corpo entre os cidadãos.

Toma forma, então, a ideia de ação positiva do estado que mais tarde ganharia força e fundamentação no próprio conceito de dignidade humana, alçada a um patamar constitucional e intangível.

A segunda guerra mundial, com os horrores do holocausto, exigiu do ordenamento jurídico, um conceito um pouco mais humano para a dignidade. Ainda que pareça estranho, o conceito de dignidade humana, formal e estático possibilitou que os diversos regimes totalitários atuassem dentro dos limites legais violando diversos aspectos da personalidade humana.

Segundo Alessandra Cristina Furlan, a dignidade humana no constitucionalismo contemporâneo passa a ser o pilar central do estado democrático de direito e o coeficiente de análise do princípio da igualdade. Trata-se de um valor-fonte, um valor supremo do sistema jurídico brasileiro, tão fundamental que é a base axiológica para os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

A autora chega a afirmar que

[...] o constituinte, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário. O ser humano constitui finalidade precípua e não meio da atividade estatal.¹³

A igualdade é alçada a princípio constitucional, também denominada princípio da isonomia, prevista na constituição federal brasileira, possui atualmente este importante aspecto instrumental de realização material da dignidade da pessoa humana, ou seja, tem a capacidade de fazer determinadas discriminações positivas de

¹³ FURLAN, Alessandra Cristina. Dignidade da pessoa humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinati (coord.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal Editora, 2009, p. 12.

estereótipos marcados por uma inferioridade, seja ela qual for, proporcionando uma igualdade de condições.¹⁴

As palavras de Charles Taylor são enfáticas e esclarecedoras:

A política de igual dignidade baseia-se na ideia de que todas as pessoas são igualmente dignas de respeito. Fundamenta-se numa noção sobre o que leva os seres humanos a sentirem respeito, por mais que tentemos escapar a este background “metafísico”.¹⁵

Portanto, ao se perceber que a mera declaração da dignidade como princípio motriz do ordenamento jurídico, não é suficiente para que esta realmente esteja presente no cotidiano dos cidadãos, principalmente nas vidas daqueles que se encontram em situação de fragilidade ou integrantes de minorias excluídas, entende-se o porquê de se refletir na instrumentalidade do conceito da dignidade humana.

A conclusão a que chega Carlos Alberto Bittar não poderia ser de mais valia para o entendimento da importância da dignidade humana como princípio fundante do estado democrático de direito, quando destaca que

Ademais, a expressão serve como diretriz básica das políticas públicas; orientação teleológica para as ações sociais e intervenções públicas na economia; [...] fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana; palavra-chave para a criação da ordem conceptual e deontológica dos direitos constitucionais; princípio primeiro de todos os demais princípios da Constituição.¹⁶

Os instrumentos mencionados pelo autor têm de ser específicos para cada situação fática existente, de forma que os mais variados estereótipos de pessoas possam ser protegidos e providos das garantias mínimas prometidas na Constituição Federal.

O pluralismo cultural e social que caracteriza a sociedade atual apresenta um grande desafio para o ordenamento jurídico, qual seja, a ampliação de seus conceitos e dispositivos alcançando a todos os indivíduos, sendo eles maioria, integrantes das minorias ou de grupos de vulnerabilidade

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157 e 158.

¹⁵ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 61.

¹⁶ BITTAR, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana: uma questão central para o momento pós-moderno. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo, v. 77, maio/junho 2006, p. 17.

Não basta que a dignidade humana seja reconhecida e esteja prevista constitucionalmente se na realidade a isonomia não é aplicável e, portanto, assim também não o é a dignidade humana. É de extrema necessidade que haja uma efetivação, que se “dá pela concretização das condições que tornem possível a plenitude constitucional consagrada”¹⁷, tendo em vista principalmente o multiculturalismo¹⁸ que se transformou a relações sociais.

3. O MULTICULTURALISMO E O DIREITO À DIFERENÇA

A atual sociedade, principalmente por uma necessidade política, mas não só, exige que haja um reconhecimento do indivíduo por parte de seus semelhantes.

O multiculturalismo se apresenta mais evidente nos tempos atuais, quando os grupos de indivíduos se organizam e se identificam uns com os outros e forma a se reconhecer como parte de uma comunidade. No entanto, os grupos são homogêneos no seu interior e diferentes entre si, construindo assim uma sociedade pluralista e heterogênea.

A ideia do reconhecimento do indivíduo dentro desse multiculturalismo é baseada no fato de “a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros”¹⁹, fazendo com que existam grupos que se sintam isolados e excluídos, e dessa forma fragilizados. O Estado então se vê em uma situação de necessidade de prover esse reconhecimento que não ocorreu naturalmente.

Esse mau reconhecimento ou ausência do mesmo, na maioria dos casos, se reflete em um desrespeito à isonomia constitucional, e dessa forma a uma violação ao próprio princípio da dignidade humana. Segundo Charles Taylor, “o respeito devido não é um acto de gentileza para com os outros. É uma necessidade humana vital”²⁰.

Em análise sobre a relação entre a criação da identidade e a alteridade, Gerard Duveen explica que “antes de ser tematizada como a luta pela individualidade, a identidade é primeiro um lugar social, um espaço que se torna disponível dentro das

¹⁷ FURLAN, Alessandra Cristina. Dignidade da pessoa humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinati (coord.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal Editora, 2009, p. 12.

¹⁸ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 45.

¹⁹ *Idem et ibidem*.

²⁰ *Idem et ibidem*, p. 46.

estruturas representacionais do mundo social”²¹, ou seja, mesmo a identidade, em seu processo de formação, se apresenta como um local de reconhecimento dos outros, e que essa relação com o outro influencia na formação do próprio indivíduo.

A igualdade instrumental é a exemplificação da ideia de respeito ao diferente e do quanto a diferença deve ser promovida. O multiculturalismo, onde as diferenças se completam e formam a comunidade, além de representar cada um dos seus indivíduos, deve evidenciá-los sob pena de a sociedade se tornar opressora e homogeneizante.

Charles Taylor cita Johann Gottlob Herder que afirma que cada um dos seres humanos tem sua própria maneira de ser, ou seja, cada pessoa possui sua própria medida, para concluir que

Existe uma determinada maneira de ser humano que é a minha maneira. Sou obrigado a viver a minha vida de acordo com essa maneira, e não imitando a vida de outra pessoa. Se não o fizer, deixo de compreender o significado da minha vida: ser humano deixa de ter significado para mim.²²

O autor canadense acima citado deposita grande importância nesse mecanismo de formação da identidade e da própria comunidade à linguagem existente entre os sujeitos. “Cada uma das nossas vozes tem algo de único para nos dizer” e, portanto, os espaços dedicados a essa interação entre cada personalidade devem ser prestigiados pelo estado, de forma a produzir seres que dialogicamente se expressem e se entendam, reconhecendo que “tornamo-nos em verdadeiros agentes humanos, capazes de nos entendermos e, assim, de definirmos as nossas identidades, quando adquirimos linguagens humanas de expressão, ricas de significado.”²³

De uma forma superficial, mas completamente pautável nos argumentos acima demonstrados, a eficácia se irradia contra o estado e também em face do particular, ainda que existam corporações, empresas e associações no estado liberal que possam com seu alto poder destrutivo comprometer a dignidade humana dos indivíduos,

²¹ DURVEEN, Gerard. A construção da alteridade. In: ARRUDA, Angela (org.). *Representando a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 98.

²² TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 50.

²³ Autor e ob. cit., p. 52.

e negligenciar o seu reconhecimento como sujeitos de direito e de fato²⁴. Da mesma forma ocorre quando há negligência na promoção de tais indivíduos, tanto pelo estado que possui dever legal, como por aqueles que tendo condições não o fazem por capricho ou puro deleite.

Roberto Oliveira Weber faz semelhante análise ao ligar o Estado democrático de direito e a teoria da luta pelo reconhecimento, qual seja a de que

o Estado fica incumbido do objetivo de alcançar determinados fins sociais trazidos pela Constituição, tais como o de possibilitar a inclusão de parcela colocada à margem dos direitos e garantias asseguradas – da parcela excluída da sociedade que não tem atendido os mínimos necessários para o exercício da cidadania; assim como o dever de assegurar aos indivíduos o direito de exigir o cumprimento desses direitos²⁵.

O direito a diferença surge então no cerne de uma sociedade multicultural, que apesar de democrática, deve respeitar os direitos fundamentais das minorias, principalmente quando estes grupos estejam em situação de fragilidade.

Os indivíduos ao formarem suas personalidades buscam se aproximar de outros que possuam as mesmas características pessoais que aqueles. Para Igor Sporch da Costa,

[...] cada indivíduo tem suas aspirações, desejos e sonhos, pode-se dizer que cada um tem interesses iguais ou próximos dos de algumas pessoas e dissonantes dos de várias outras. Formam-se, assim, grupos cujos membros têm os mesmos interesses e que se contrapõem a outros, cujos interesses são conflitantes entre si.²⁶

A origem dos grupos está, justamente como acima descrito, na existência de indivíduos que se reconhecem mais e outros que se distanciam e, portanto, o reconhecimento é em menor escala.

²⁴ CAMARGO, Daniel Marques. Neoconstitucionalismo e caminhos emancipatórios pelo direito. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinati (coord.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal Editora, 2009, p. 86.

²⁵ WEBER, Roberto Oliveira. *A Teoria Política do Reconhecimento e o Estado democrático de Direito: uma abordagem a partir do pensamento de Charles Taylor*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008. 94 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008, p. 41

²⁶ COSTA, Igor Sporch da. *Igualdade na diferença e tolerância*. Viçosa: Ed. UFV, 2007, p. 32.

A determinação dos grupos está fortemente marcada pelos interesses dos indivíduos que os compõem, e dessa forma, quando existem indivíduos que detenham alta quantidade de poder, financeiro, social ou cultural, e com interesses similares, há grande probabilidade de que este grupo se torne detentor de parte do poder político. Os meios de comunicação, potencializando a linguagem, reproduzem tais interesses aos demais grupos que ou os aceitam e começam a fazer parte de tal grupo ou os rejeitam e se tornam marginalizados.

Do confronto entre os interesses dos grupos surgem as disputas políticas e pelos meios de manutenção do poder (meios de produção, propagação de ideologias, criação do direito positivo entres outros), ocasionando uma deturpação da democracia, de forma que “a decisão de conflitos de interesses antagônicos não se atrela ao consenso dos grupos, mas a regra da sua maioria”²⁷.

É evidente que neste embate político-social, o grupo que vencer se apropriará dos meios de comunicação e dos demais instrumentos de linguagem afim de que propague e arrebanhe mais sujeitos, para tentar aumentar o seu grupo. Este é o mecanismo de relação entre a maioria isolada e as minorias que buscam ascender à sua própria maioria.

No entanto, não se deve perder de foco a importância de que apesar da ditadura da maioria, ou melhor, da democracia, as minorias não podem ser exterminadas ou se quer isoladas e fragilizadas. A multiplicidade de interesses impede o consenso geral e irrestrito, mas os limites ao governo da maioria é o princípio do Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais, nas palavras de Rosenfeld, citadas por Igor Sporch Costa.²⁸

O multiculturalismo apresenta duas peculiaridades intrínsecas a sua vasta diversidade: uma heterogeneidade de grupos dentro de uma mesma sociedade e ao mesmo tempo uma variada gama de concepções de quais seriam os bens fundamentais para se alcançar uma vida digna.

Ao observar-se com os olhos do utilitarismo extremo, poder-se-ia falar que os interesses das minorias que não se coadunam com o considerado útil pela perspectiva da

²⁷ COSTA, Igor Sporch da. Igualdade na diferença e tolerância. Viçosa: Ed. UFV, 2007, p. 34.

²⁸ Autor e ob. cit., p. 35.

maioria, estar-se-ia diante de flagrante injustiça²⁹, seja em termos de uma decisão judicial ou até mesmo uma lei ou política pública executada pelo governante.

A busca por uma identidade produz duas consequências que merecem destaque, quais sejam a criação de grupos que contrariam os padrões comportamentais e que, por este fato, podem sofrer represálias ou exclusões e impedimentos e, portanto, constituir grupo de vulnerabilidade, bem como uma multiplicidade de grupos e opiniões sobre a própria ideia de bem a ser alcançado e defendido pelos próprios grupos.

A isonomia substancial, apregoada atualmente pelos pensadores e prevista nas diversas cartas políticas das nações, inclusive a brasileira, é caracterizada justamente pela diferença; não somente sua aceitação, mas de forma aguda de sua proteção e promoção. Segundo Igor Sporch Costa,

[...] é o pluralismo o cerne da democracia, uma vez que é ele, [...] que possibilita o desenvolvimento social, cuja força motriz é a busca da identidade, isto é, cada indivíduo, no afã de ser aceito, procura encontrar pessoas que se lhe assemelham para, assim, proteger-se da discriminação que porventura poderia sofrer.³⁰

É, a aplicação do princípio da isonomia, em relação aos grupos de vulnerabilidade e minorias sociais, através de ações afirmativas, quer sejam desenvolvidas pelo poder executivo na forma de políticas públicas, ou através da atividade jurisdicional, nos casos apresentados por este poder republicano, e dentro dos limites que ali se apresentar, que se vê a possibilidade de proporcionar um significado real do disposto no artigo 1º, III da Constituição Federal.

3.1 Minorias e grupos de vulnerabilidade: semelhanças e distinções

O ordenamento jurídico reflete de forma contundente os valores e princípios, para não dizer, os interesses da maioria representada pelo poder legislativo. Poderia se questionar se os representantes eleitos pela maioria representam de fato seus

²⁹ Segundo John Stuart Mill, “todos os indivíduos têm direito à igualdade de tratamento, exceto quando a conveniência social impulsionar o contrário. Por isso, todas as desigualdades sociais, que deixaram de ser convenientes, assumem o caráter não de uma simples inconveniência, mas de injustiça, e parecem tão tiranas que os homens se admiram em constatar como puderam ser toleradas”. In MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 264.

³⁰ COSTA, Igor Sporch da. *Igualdade na diferença e tolerância*. Viçosa: Ed. UFV, 2007, p. 54.

interesses, o que apesar da relevância da discussão fugiria ao objetivo traçado neste trabalho.

Não obstante as deturpações fáticas, a vontade da maioria, evidente que se está a falar em uma democracia, se encontra transcrita nos diplomas legais, bem como na constituição nacional. Os direitos ali albergados refletem os interesses e valores que a maioria entende como importantes ou necessários para o bom desenvolvimento da sociedade.

De fato, há uma pluralização de ideais, que refletiram em constituições e no ordenamento jurídico como um todo, permeados de diferentes princípios e valores, cada um representando determinada classe ou grupo de interesse. Este é o caso da Constituição Federal de 1988, considerada prolixa e demasiado extensa pela maioria da doutrina, na ânsia de proteção dos grupos de indivíduos prevê diversos aspectos e circunstâncias específicas, o que deixa evidente a existência de uma sociedade brasileira multicultural³¹.

A não exclusão, neste processo jurídico-social, das minorias e grupos de fragilidade, só ocorrerá caso exista mais do que a igualdade formal, uma vez que esta não necessariamente indica uma “aplicação efetiva do princípio da igualdade, sendo que para tal concretização será necessária uma atividade jurídica que contemple uma verdadeira interpretação dos dispositivos legais de modo a atender as minorias”³².

A diferenciação dos conceitos de grupos de fragilidade e minorias tem grande importância em termos didáticos³³ e para que as ações afirmativas efetivamente propostas e executadas atinjam seus objetivos, mas obviamente que sob a perspectiva da proteção de direitos, em ambos os casos o que se visualiza é a existência de grupos afastados da maioria e que carecem de proteção especial, uma pelas suas condições naturais (física, fragilidade psicossocial, intelectual, ou mesmo cultural), outra pela

³¹ ARRUDA, Angela. O ambiente natural e seus habitantes no imaginário brasileiro. In: ARRUDA, Angela (org.). *Representando a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 37-41.

³² SIQUEIRA, Dirceu Pereira e MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Igualdade, Minorias e Legitimidade. In: SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (org.). *Estudos contemporâneos de Hermenêutica*. Birigui: Editora Boreal, 2012, p. 14.

³³ No entanto, existem autores que denominam diversas espécies de grupos de fragilidade como minorias, deixando de lado o importante aspecto do sentimento de pertença como Dirceu Pereira Siqueira e Antonio Celso Baeta Minhoto, que descrevem minorias como “grupo social mais vulnerável, alijado e discriminado existente na sociedade e composto de uma gama tão variada como: minorias religiosas, refugiados de guerra, idosos, crianças, portadores de deficiência, [...], negros, mulheres [...]”. SIQUEIRA, Dirceu Pereira e MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Igualdade, Minorias e Legitimidade. In: SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (org.). *Estudos contemporâneos de Hermenêutica*. Birigui: Editora Boreal, 2012, p. 30.

existência de barreiras sociais que impendem os mesmo de exercer de forma plena seus direitos constitucionalmente garantidos.

Para Elimei Paleari do Amaral Camargo, citando Robério Nunes dos Anjos Filho, a caracterização da minoria deve passar por quatro critérios objetivos: o diferenciador, o quantitativo, o da nacionalidade, e o da não-dominância, e um subjetivo, qual seja a solidariedade.

Segundo a explanação do autor, a minoria deve apresentar em cada um de seus membros uma característica que a diferencie do restante da população externa ao grupo. Do mesmo modo tal grupo minoritário, pelo próprio nome não pode ultrapassar numericamente o restante da sociedade³⁴. Pelo critério da não dominância, o grupo não pode deter o poder político do estado em que está inserido. Por fim, há o critério subjetivo da solidariedade, segundo o qual os indivíduos têm a vontade de manter as características que os distinguem do restante da sociedade³⁵.

As minorias podem, então ser conceituadas sucintamente, nas palavras de Nilson Tadeu Reis Campos Silva, como “grupo autoidentificado e (des)qualificado juridicamente pelo baixo ou inexistente reconhecimento efetivo de direitos por parte dos detentores do poder”³⁶.

O conceito do professor é extremamente direto ao mencionar a falta ou ausência completa de reconhecimento efetivo de direitos daqueles que daquela minoria fazem parte. Revisitando a característica primordial da sociedade atual, qual seja o consumismo, poder-se-ia chegar tranquilamente à conclusão de que o excluído do consumo é também um indivíduo não reconhecido totalmente pelo sistema instalado³⁷.

O professor Nilson Tadeu Reis Campos Silva, no transcurso de seu raciocínio, sintetiza a ideia do que poder-se-ia chamar exclusão sócio-econômica indicando que

³⁴ Uma exceção a esse critério foi o regime do *apartheid* na África do Sul, onde a minoria negra apesar de maiorista numérica era privada de diversos direitos e garantias fundamentais.

³⁵ CAMARGO, Elimei Paleari do Amaral; BOTELHO, Marcos César e BUENO, Nilzeline Vidal Pinto. Minorias e grupos vulneráveis: a importância da distinção para os direitos sociais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.). *Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Editora Boreal, 2011, p. 121.

³⁶ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Alteridade: a identificação da diferença. In: *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em direito – Mestrado - URI Santo Ângelo*. Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010, p. 132.

³⁷ Ver BAUMAN, Zygmunt. *Vida a credito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 25-48.

é possível ter-se direitos, mas não se possui recursos suficientes para exigir sua implementação: a exclusão social, propiciada principalmente (ou seja: não só) pela pobreza, gera invisibilidade social, imunizando os privilegiados e demonizando os que se atrevem a contestar o sistema.³⁸

Por outro lado, têm-se a conceituação de grupos vulneráveis como os grupos de pessoas que ainda reconhecidos como cidadãos, “são fragilizados na proteção de seus direitos e, assim, sofrem constantes violações de sua dignidade: são, por assim dizer, tidos como invisíveis para a sociedade, tão baixa é a densidade efetiva dessa tutela”³⁹. Os exemplos clássicos são as mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, entre outros.

Podem ser distinguidos três elementos essenciais para a caracterização da vulnerabilidade, quais sejam os recursos materiais ou simbólicos, as estruturas de oportunidades que são oferecidas pelo Estado, sociedade e o mercado e as estratégias de uso dos ativos⁴⁰.

A análise dos dois conceitos apresentados pelo professor Nilson Tadeu Reis Campos Silva, demonstra que em comum há a violação de direitos fundamentais e a negação ao reconhecimento substancial pela sociedade, ainda que formalmente sejam tidos como cidadãos; e como diferença justamente a autoidentificação.

Este sentimento de pertença, deriva da comunhão de tradições culturais ou semelhanças étnicas, religiosas ou lingüísticas, e que, portanto, diferem do padrão determinado pela maioria.

Todavia, a ausência da característica da autoidentificação ou da solidariedade entre os integrantes dos grupos vulneráveis, com objetivo de preservação de cultura, tradições, religião ou idioma é o traço distintivo dos grupos vulneráveis com as minorias.⁴¹

³⁸ Autor e ob. cit., p. 134.

³⁹ *Idem et ibidem*, p. 141.

⁴⁰ CAMARGO, Elimeí Paleari do Amaral; BOTELHO, Marcos César e BUENO, Nilzeleno Vidal Pinto. Minorias e grupos vulneráveis: a importância da distinção para os direitos sociais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.). *Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Editora Boreal, 2011, p. 117

⁴¹ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Alteridade: a identificação da diferença. In: *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em direito – Mestrado – URI Santo Ângelo*. Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010, p. 141.

Pode-se visualizar tal situação no caso dos ciganos, quilombolas, negros índios, entre outros.

A ideia que se atinge é que tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias estão sujeitas a uma vulnerabilidade que as inferioriza e as exclui da sociedade, impedindo que os direitos fundamentais e, portanto, a sua própria dignidade sejam efetivados. A diferença está no sentido de que as minorias, ao contrário dos grupos vulneráveis, têm uma identificação própria entre os membros, cultural de linguagem ou histórica, que os fazem ter o animo de preservar-se enquanto grupo.

No entanto ambos os gêneros carecem de discriminações positivas para que as desigualdades existentes no plano fático possam ser reduzidas ou até mesmo extirpadas.

As discriminações podem ser de forma justificada ou injustificada e, somente, no segundo caso estaremos diante de uma violação da dignidade dos sujeitos separados. Neste sentido é interessante notar que as próprias ações afirmativas, advindas do judiciário ou do legislativo e executivo, são tidas como ações discriminadoras. No entanto, a discriminação neste caso é tida como lícita, pois efetiva a igualdade prevista no ordenamento.

Tratar os desiguais na medida em que se desigualam é a base para as ações afirmativas, desde que o tratamento discriminatório esteja pautado em dispositivo constitucional. O limite para a atividade positiva do Estado é o acordado pelo constituinte originário ou modificado pelo constituinte derivado. Qualquer tentativa, seja no caso concreto através de uma decisão judicial, ou seja, com efeitos erga omnes, através de uma lei ou regulamento, que promova uma distinção entre os cidadãos e não esteja prevista constitucionalmente, deve ser interpretada como contrária à justiça e portanto contrária ao ordenamento jurídico vigente.

4. AS AÇÕES AFIRMATIVAS

O fundamento básico para que o Estado possa lícitamente diferenciar os seus cidadãos é indubitavelmente o princípio constitucional da isonomia. A previsão de que “todos são iguais perante a lei”, se lida desprovida de uma interpretação axiológica e sistemática, poderia levar a uma conclusão equivocada do real objetivo do constituinte originário.

Por isonomia deve-se entender como já mencionado anteriormente, que o tratamento deve ser igual para aqueles que se encontrem em situações iguais, impedindo assim, qualquer poder político privilegiar um sujeito em detrimento de outro quando ambos estiverem em situações semelhantes. Exemplos práticos desse pretexto são os concursos públicos, nos quais independente de classe social, nível financeiro ou outra característica distintiva, as condições para o ingresso no serviço público devem ser as mesmas.

O ministro do supremo tribunal federal Joaquim Barbosa, em reflexão a respeito das ações afirmativas, menciona a transição ocorrida na perspectiva do princípio da igualdade, que antes vista de forma estática e “formal”, passa a apresentar uma ideia de igualdade de oportunidades⁴², como anteriormente mencionado, visando a mitigação da profundidade das desigualdades econômicas e sociais, promovendo a justiça social⁴³.

Nas palavras do ministro, “as ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação”⁴⁴, em todos os seus sentidos. Fica evidente o destaque dado pelo ministro, e não sem razão, à importância da discriminação como fator de promoção das desigualdades.

Ainda que se tenham políticas públicas devidamente implementadas e bem executadas pelo poder público, é de vital importância para os seus sucessos que haja uma conscientização de todo o corpo social, no sentido de contribuir para que aquelas surtam os efeitos almejados.

Complementando o conceito apresentado, Joaquim Barbosa enumera algumas conseqüências possíveis em decorrência da estruturação de políticas públicas. Além da “concretização da igualdade de oportunidades”, as ações afirmativas teriam o poder de transformar a ordem cultural, pedagógica e psicológica, modificando um pensamento de supremacia ou de inferioridade de um grupo sobre outro⁴⁵. Haveria

⁴² GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Site Mundo Jurídico, Rio de Janeiro. Disp. em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33. Acesso: 20 abr 2012.

⁴³ A respeito da teoria da “justiça social” ver importante abordagem de John Rawls no livro Uma teoria da Justiça.

⁴⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Site Mundo Jurídico, Rio de Janeiro. Disp. em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33. Acesso: 20 abr 2012.

⁴⁵ *Idem*.

ainda uma promoção da diversidade e de uma maior “representatividade dos grupos minoritários, proporcionando um pluralismo real e fecundo de interesses heterogêneos⁴⁶.

Portanto, vê-se que o processo de busca pela igualdade substancial transpassa por ações afirmativas, promovidas pelo poder público, pautadas nos princípios e valores maiores do ordenamento, muitas vezes cristalizados na carta magna, com o apoio incondicional da sociedade civil.

A conclusão é a de que a igualdade é “uma ideia que deve ser construída, sobretudo porque a desigualdade tem potencial de prejudicar a toda a sociedade”⁴⁷, nas palavras de Elimeí Paleari do Amaral Camargo, Marcos César Botelho e Nilzelene Vidal Pinto Bueno, fundamentados por Walter Claudius Rothenburg. Tal construção pode ser efetivada através de políticas públicas, criadas pelo legislativo e implementadas pelo executivo, seja pelo judiciário através de decisões em casos concretos que produzam efeitos práticos de promoção dos direitos da minorias e dos grupos vulneráveis.

4.1 Políticas Públicas

A Constituição Federal do Brasil, expressa, em seus primeiros dispositivos, certos comandos gerais, certos princípios constitucionais⁴⁸, que devem guiar o legislador infraconstitucional na produção de normas, o administrador na execução de projetos e programas práticos e os tribunais e juízes na interpretação e resolução dos litígios, de forma que tais princípios constitucionais sejam alcançados.

⁴⁶ *Idem et ibidem.*

⁴⁷ CAMARGO, Elimeí Paleari do Amaral; BOTELHO, Marcos César e BUENO, Nilzelene Vidal Pinto. Minorias e grupos vulneráveis: a importância da distinção para os direitos sociais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.). *Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais.* Birigui: Editora Boreal, 2011, p. 114.

⁴⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

Nas palavras de Roberto de Oliveira Weber,

o Estado fica incumbido do objetivo de alcançar determinados fins sociais trazidos pela Constituição, tais como o de possibilitar a inclusão da parcela colocada à margem dos direitos e garantias asseguradas – da parcela excluída da sociedade que não tem atendido os mínimos necessários para o exercício da cidadania; assim como o dever de assegurar aos indivíduos o direito de exigir o cumprimento desses direitos.⁴⁹

Mais a frente o mesmo autor, faz importante observação, repelindo a ideia de monopólio estatal no exercício de tal função, demonstrando que mais do que efetivamente prestar ou promover tal direito, deve ser um articulador, possuindo, o que ele chama de “metagovernança”, assegurando padrões mínimos de inclusão, tornando a cidadania possível através de projetos e programas.⁵⁰

De certa forma, tal sistemática, em diversos aspectos não se mostrou suficiente habilitada no Brasil para a proteção de determinados direitos fundamentais expressos nos dispositivos constitucionais, inclusive alguns relativos à personalidade dos indivíduos, criando uma verdadeira situação de dicotomia entre o ideário expresso na Constituição Federal e a realidade dos indivíduos⁵¹.

A sociedade civil organizada em diversos momentos se viu requisitada a participar ativamente da concretização de diversos direitos sociais, nomeadamente os denominados de segunda dimensão⁵², uma vez que para isto necessitava-se uma atuação positiva do poder público.

Evitando entrar na infundável discussão entre o possivelmente realizável pelo poder público e o mínimo exigível pelo indivíduo, uma vez que tal discussão por

⁴⁹ WEBER, Roberto Oliveira. A Teoria Política do Reconhecimento e o Estado democrático de Direito: uma abordagem a partir do pensamento de Charles Taylor. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008. 94 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008, p. 41.

⁵⁰ WEBER, Roberto Oliveira. A Teoria Política do Reconhecimento e o Estado democrático de Direito: uma abordagem a partir do pensamento de Charles Taylor. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008. 94 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008, p. 42.

⁵¹ “[...] a questão refere-se à discrepância entre a função hipertroficante simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais.” – NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007. In: LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁵² LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 670.

inúmeras vezes já foi abordada, ainda que não se tenha chegado a conclusões definitivas, o que se traz ao foco é a ineficiência do Estado em prover certos direitos, acima mencionados, àqueles indivíduos que por si só não os conseguiram alcançar.

Michael Howlett e M. Ramesh entendem que não obstante, o termo políticas públicas, ter diversas acepções e amplitudes, existem certos aspectos que são comuns a todas: “as políticas públicas resultam de decisões feitas por governos e que as decisões tomadas pelos governos para manter o *status quo* constituem política pública tanto quanto as tomadas para modificá-lo”⁵³.

Perfilhando essa ideia de política pública, Hank C.Jenkins-Smith, citado por Howlett e Ramesh,

[...] define a política pública como “um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, que se refere à seleção de objetivos e dos meios necessários para logr-los, numa situação especificada em que o alvo dessas decisões estaria, em princípio, ao alcance efetivo desses atores.”⁵⁴

A conclusão que se chega é que tais políticas públicas, apesar de discriminatórias, devem necessariamente estar pautadas em princípios constitucionais, de forma que as mesmas sejam consideradas lícitas. Tal licitude esta baseada exatamente no princípio da igualdade, uma vez que tais programas terão como metas a promoção da igualdade de oportunidades entre indivíduos que por sua condição natural estejam em desigualdades de possibilidades.

4.2 A função do judiciário na efetivação dos direitos

Inicialmente ao se imaginar os instrumentos disponíveis para a efetiva tutela e promoção dos direitos fundamentais, e de forma indireta a própria dignidade humana dos membros de grupos de vulnerabilidade e das minorias, tende-se a refletir muito nos aspectos procedimentais, tais como leis processuais, decretos regulamentares e até mesmo procedimentos administrativo, e assim o é muito em decorrência de se tentar aproximar tais instrumentos à realidade dos que precisam deles.

⁵³ HOWLETT, Michael; RAMESH, M. A ciência da Política Pública: Ciclos e subsistemas político-administrativos. Toronto: Oxford University Press, 2003, p. 5.

⁵⁴ JENKINS-SMITH, Hank C.; SABATIER, Paul A. (1993). The study of the public policy processes. In SABATIER and JENKINS-SMITH (eds.). *Policy change and learning: an advocacy coalition approach*. Boulder, Colo.: Westview Press. p. 1-9. In: HOWLETT, Michael; RAMESH, M. A ciência da Política Pública: Ciclos e subsistemas político-administrativos. Toronto: Oxford University Press, 2003, p. 6.

Ocorre que desde tempos que se desenvolve a ideia inicial da pirâmide kelseniana, na qual a constituição se encontra no topo sendo ela a base de validade para os demais tipos normativos tal como os acima citados. Esta forma de se visualizar o ordenamento coloca o texto constitucional em evidencia e de outra forma não poderia ser uma vez que nele estão contidas as opções políticas primárias e fundantes de todo o estado nacional, como sua forma de governo, seus princípios básicos, seus fundamentos, seus objetivos etc.

A Constituição Federal de 1988, nas palavras de Nilson Tadeu Reis Campos Silva, se apresenta como uma “miríade de dispositivos pertinentes à igualdade e ao respeito”, e entre elas, o professor ensina que logo no preâmbulo é apontado o ideário não discriminatório através da escolha da igualdade como um dos supremos valores sociais, além da presença da dignidade humana como pressuposto fundamental ao regime republicano⁵⁵.

Entre outros dispositivos constitucionais pode-se citar alguns incisos previstos no artigo 5º, que tem a função de assegurar as garantias e direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão. Mais adiante, no artigo 7º é expresso em diversos dispositivos, a preocupação do constituinte com as discriminações no âmbito dos direitos sociais, principalmente relacionados com o trabalho⁵⁶.

Diversos outros textos infraconstitucionais foram criados com o intuito de se promover os direitos das minorias de dos grupos de vulnerabilidade, como os estatutos do idoso, da criança e do adolescente, lei Maria da Penha, lei 7853/89 que dispõe sobre as pessoas com deficiência, lei 10.216/02 que dispõe sobre a proteção as pessoas com deficiência mental, a lei 10.436/02 (lei brasileira de sinais) entre tantas outras.

No entanto, talvez a maior dificuldade não esteja efetivamente na produção legislativa, que em alguns temas chega a ser exaustiva e desnecessária, mas em uma verdadeira mudança de postura e de mentalidade, tanto dos poderes públicos como da sociedade civil. Ora, o que se necessita é de instrumentos verdadeiramente eficazes, ou que os poderes competentes tenham a sensibilidade de enxergar os casos concretos e concretizarem o princípio da igualdade.

⁵⁵ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Alteridade: a identificação da diferença. In: *Direitos Culturais*: revista do programa de pós-graduação em direito – Mestrado – URI Santo Ângelo. Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010, p. 151 e 154.

⁵⁶ Autor e ob. cit., p. 154.

É inevitável que temas como ativismo judicial ou judicialização das políticas públicas apareçam neste ponto do estudo e evidentemente que o objetivo não é esmiuçar cada um desses temas, mas interessante é entendermos que são e quais suas aplicações práticas para o presente estudo.

O ativismo judicial pode ser entendido sinteticamente por uma invasão da competência do poder legislativo pelo poder judiciário, sendo, portanto, um comportamento anômalo, que se observa principalmente no Supremo Tribunal Federal, mas não só.⁵⁷ Importantíssimo notar que o pacto federativo acaba sendo relativizado quando ocorre o fenômeno do ativismo.

Essa perspectiva de que há um desrespeito à separação dos poderes fundamentais aqueles que são contrários ao ativismo judicial e que se posicionam no sentido de repudiar a atuação do judiciário em questões políticas e de atuação positiva do estado.

Luis Roberto Barroso apresenta esta perspectiva contrária ao dizer que “a transferência do debate público para o judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.”⁵⁸

Dessa forma, o que se acredita é que há de se exigir do judiciário uma resposta as lides apresentadas, nomeadamente aquelas que necessitem de um provimento material relacionado com direitos fundamentais de indivíduos fragilizados ou que sejam minoria, mas sempre de forma a não fazer dessa uma prática constante e rotineira. O ativismo judicial deve ser um instrumento último e somente ativado quando realmente o poder executivo e o legislativo não proporcionarem as garantias individuais constitucionais dos seus cidadãos.

Neste sentido, “o exercício da função jurisdicional”, segundo Daniel Marques Camargo e Fernanda Cristina Rosseto Domingos, “poderá ganhar sentido pejorativo, se desempenhado com inobservância do verdadeiro sentido protetivo que

⁵⁷ MARTINS, Adriano de Oliveira e BORGES, João Pedro de Oliveira. Os pressupostos do ativismo judicial. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira e ALVES, Fernando de Brito. *Política Públicas: da previsibilidade e obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 13.

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disp. http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/consituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso 10 abr 2012.

tem a Constituição”, e mais além afirmam que esta se interpretada “de maneira distorcida, desencadeia ação destrutiva de toda e qualquer tentativa de aplicabilidade dos bens jusfundamentais, desestruturando, desta forma o pensamento jurisdicional garantidor do bem da vida”.⁵⁹

A ideia de judicialização também se situa próximo ao ativismo judicial, significando uma aproximação da política e o judiciário. Em outras palavras, é a resolução pelo judiciário de questões de cunho político ou social, resolução esta, que deveria ser feita pelos poderes legislativo ou judiciário.⁶⁰

Ambas as atuações do Poder judiciário estão pautadas na inafastabilidade da jurisdição, ou seja, no direito fundamental que tem o cidadão de ver a sua lide apreciada pelo juiz natural. Tal apreciação, obrigatória em regra, proporciona uma análise da violação de direitos no caso concreto pelo estado. A dignidade da pessoa humana, por se tratar de preceito fundamental do estado autoriza a execução de medidas concretas pelo poder judiciário legalmente constituído, principalmente quando em jogo direitos de minorias e grupos de vulnerabilidade.

Cabe ao judiciário então “reconhecer” o indivíduo, o seu estado de fragilidade e sua carência de direitos, pois

o Ser, quando diferente da maioria, é um ser invisível, não reconhecido pela sociedade e pelo Estado, sempre que não é viabilizada ou é cerceada sua organização em grupos ou negada sua possibilidade de apresentar seus interesses específicos e de participar da tomada de decisões sobre eles.⁶¹

A conclusão, por fim, é no sentido de que apesar de inúmeros dispositivos legais prevendo proteção e garantias aos direitos daqueles relegados à margem social ou das minorias jurídicas, a necessidade de efetivação exige dos poderes políticos atuação

⁵⁹ CAMARGO, Daniel Marques e DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira e SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (org.). *Estudos contemporâneos de Hermenêutica Constitucional*. Birigui: Editora Boreal, 2012, p. 81.

⁶⁰ MARTINS, Adriano de Oliveira e BORGES, João Pedro de Oliveira. Os pressupostos do ativismo judicial. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira e ALVES, Fernando de Brito. *Política Públicas: da previsibilidade e obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 12.

⁶¹ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Alteridade: a identificação da diferença. In: *Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em direito – Mestrado – URI Santo Ângelo*. Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010, p. 154

positiva, seja ela através de políticas públicas implementadas pelo poder executivo ou através da ação concreta do poder judiciário.

5. CONCLUSÕES

A evidência que emerge após uma análise, superficial, mas frutífera a respeito do princípio da igualdade e a sociedade multiculturalista, é a necessidade de um Estado preparado para fornecer os instrumentos necessários à sociedade civil na busca da integração dos interesses das minorias e grupos vulneráveis.

Somente através de um esforço em conjunto entre as diversas instituições sociais, públicas e privadas, se alcançará o almejado objetivo de além de diminuir as desigualdades entre os cidadãos, promover aqueles que não possuam a mesma condição socioeconômica, psicossocial ou simplesmente jurídica, ou não estejam devidamente inseridos dentro da sistemática social de um determinado espaço-tempo.

A dignidade humana que serve de base para muitos dos ordenamentos jurídicos modernos, entre eles o brasileiro, exige que se busque a todo custo a igualdade de condições entre os sujeitos, e mesmo aqueles que não possuam os interesses comuns, ou ditos da maioria, tenham a chance de se desenvolver como pessoas, como cidadãos, ou seja, como verdadeiros sujeitos de direito.

Nas palavras de Nilson Tadeu Reis Campos Silva,

[...] os direitos das minorias devem ser impregnados do respeito à diferença que reforça a lógica da dignidade humana, [...] Isto exige a coordenação da tutela da diversidade com o respeito às originalidades individuais desde a implementação de políticas voltadas à sensibilização da sociedade até a profissionalização das pessoas com deficiência. A tutela das minorias e dos grupos vulneráveis é, como visto, uma incompletude, social e jurídica [...].⁶²

Essa exigência de isonomia de condições derivada do princípio da dignidade humana é o autorizador à efetivação de discriminações lícitas, postas em prática pelo estado, com auxílio da iniciativa privada, de forma que se equilibrem as

⁶² SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Alteridade: a identificação da diferença. In: *Direitos Culturais*: revista do programa de pós-graduação em direito – Mestrado – URI Santo Ângelo. Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010, p. 161.

oportunidades dos diferentes indivíduos existentes em uma sociedade cada vez mais multicultural e com interesses difusos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Angela. O ambiente natural e seus habitantes no imaginário brasileiro. In ARRUDA, Angela (org.). *Representando a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana: uma questão central para o momento pós-moderno. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3a Região*. v. 77, maio/junho 2006. São Paulo: TRF3a., 2006.

CAMARGO, Daniel Marques; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (org.). *Estudos contemporâneos de Hermenêutica Constitucional*. Birigui: Boreal, 2012, p. 81.

CAMARGO, Elimei Paleari do Amaral; BOTELHO, Marcos César; BUENO, Nilzelene Vidal Pinto. Minorias e grupos vulneráveis: a importância da distinção para os direitos sociais. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.). *Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Boreal, 2011.

COSTA, Igor Sporch da. *Igualdade na diferença e tolerância*. Viçosa: UFV, 2007.

DURVEEN, Gerard. A construção da alteridade. In ARRUDA, Angela (org.). *Representando a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAMARGO, Daniel Marques. Neoconstitucionalismo e caminhos emancipatórios pelo direito. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (coord.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FURLAN, Alessandra Cristina. Dignidade da pessoa humana. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (coord.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Disp. em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33. Acesso 20 abr de 2012.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M. A ciência da Política Pública: Ciclos e subsistemas político-administrativos. Toronto: Oxford University Press, 2003.

JENKINS-SMITH, Hank C.; SABATIER, Paul A. (1993). The study of the public policy processes. In SABATIER and JENKINS-SMITH (eds.). *Policy change and learning: an advocacy coalition approach*. Boulder, Colo.: Westview Press. p. 1-9. In

HOWLETT, Michael; RAMESH, M. A ciência da Política Pública: Ciclos e subsistemas político-administrativos. Toronto: Oxford University Press, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAFFETONE, Sebastiano e VECA, Salvatore. *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARTINS, Adriano de Oliveira e BORGES, João Pedro de Oliveira. Os pressupostos do ativismo judicial. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. *Política Públicas: da previsibilidade e obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui: Boreal, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Igualdade, Minorias e Legitimidade. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (org.). *Estudos contemporâneos de Hermenêutica Constitucional*. Birigui: Boreal, 2012.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Alteridade: a identificação da diferença. In *Direitos Culturais*: revista do programa de pós-graduação em direito – Mestrado – URI. v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. Santo Ângelo: URI, 2010

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

WEBER, Roberto Oliveira. *A Teoria Política do Reconhecimento e o Estado democrático de Direito*: uma abordagem a partir do pensamento de Charles Taylor. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008.