

DIREITO DAS MINORIAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Mariza Schuster Bueno²

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 As políticas públicas e o Estado contemporâneo. 4 Ações afirmativas e o direito das minorias. 4.1 Ações afirmativas no Brasil. 4.1.1 Ações afirmativas em favor dos negros. 4.1.2 Ações afirmativas em favor da mulher. 4.1.3 Ações afirmativas em favor do portador de deficiência. 4.1.4 Ações afirmativas em favor dos homossexuais. Considerações finais. Referência das fontes citadas.

Resumo

O presente artigo trata das ações afirmativas, como políticas públicas de atendimento às minorias discriminadas ao longo do processo histórico, fruto de uma sociedade alicerçada na injustiça, desigualdade e privilégios. Estas medidas compensatórias estão alicerçadas no Estado contemporâneo, tendo embasamento nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Ao se tratar de ações afirmativas no Brasil, estas devem ser entendidas não somente em relação ao sistema de quotas mínimas para os negros, como também à mulher e aos portadores de deficiência. Quanto à questão de gênero aborda de maneira especial os homossexuais. Por fim trata de enfatizar a importância da implementação de ações voltadas aos direitos das minorias, em caráter temporário, com o intuito de criar uma conscientização nacional da igualdade social.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, políticas públicas, direitos das minorias.

¹ Artigo produzido na disciplina de Jurisdição, políticas públicas e direitos fundamentais, ministrada pelo Professor Dr. Zenildo Bodnar e aprovado pelo Professor orientador Dr. Osvaldo Ferreira de Melo.

² Mestranda em Ciências Jurídicas da UNIVALI/SC. Linha de pesquisa: Produção e aplicação do Direito. Coordenadora do curso de Direito e Professora de Sociologia do Direito, Teoria Geral do Estado, Direito da Criança e do Adolescente da Universidade do Contestado/Mafra. E-mail marizasb@terra.com.br

Resumen

El presente artículo trata de las acciones afirmativas, como políticas públicas del atendimento a los grupos sociales excluidos a lo largo del proceso histórico, fruto de una sociedad basada en la injusticia, la desigualdad y privilegios. Estas medidas compensatorias están fundamentadas en el Estado contemporáneo, y tienen basamento en los principios de igualdad y de dignidad de la persona. Al referirse a las acciones afirmativas en Brasil, estas deben ser entendidas no sólo en cuanto al sistema de cuotas mínimas a los negros, pero también a la mujer y a los minusválidos. En relación a la cuestión del género presenta de manera especial a los homosexuales. Por fin, intenta enfatizar la importancia de la implementación de acciones vueltas a los derechos de los grupos sociales excluidos en carácter temporero, con el propósito de crear una tomada de conciencia nacional acerca de la igualdad social.

Palabras-clave: derechos fundamentales, dignidad de la persona, políticas públicas, derechos de los grupos sociales excluidos

1 Introdução

O presente artigo é uma reflexão acerca das ações afirmativas, como mecanismos de correção das desigualdades de oportunidades sociais com relação às características biológicas e sociológicas marcantes nos diferentes grupos de convívio social. Trata-se de uma abordagem teórica a partir da análise dos direitos fundamentais embasados nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. As distinções ocorridas na implementação das políticas públicas, não devem ser caracterizadas como discriminatórias, na medida em que se considerar como forma de recompensa a situações da realidade social, portanto vistas como forma de reajustamento proporcional de situações desiguais. Neste diapasão, as políticas públicas implementadas pelo Estado contemporâneo têm a responsabilidade de promover o atendimento das minorias frente às garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

As políticas públicas que venham a atender os direitos das minorias devem ser tratadas com certa cautela para que não se incorra na possibilidade de desencadear uma discriminação inversa, ou seja, a discriminação das majorias como defende parte da sociedade civil.

2 Direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana

Os direitos fundamentais³ alicerçados no moderno Estado constitucional têm como fundamento o reconhecimento e a proteção dos direitos do ser humano nas suas diferentes dimensões. Considerados elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, esses direitos formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tendo como premissa maior “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, é considerada um marco que serviu de modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal, vez que a preocupação com a liberdade e os direitos do homem antecede a este fato, encontrando suas raízes na Antigüidade, na doutrina do direito natural.

A partir do século XVIII, período em que as primeiras Constituições passaram a consagrar e reconhecer as liberdades como direitos fundamentais, é que passam a ser relevantes as diferentes gerações ou dimensões⁴ dos referidos direitos. As conquistas dos direitos elencados e garantidos constitucionalmente são frutos de transformações significativas no âmbito do processo de industrialização, do avanço tecnológico e científico dentre outros fatores, ocorridos na evolução do Estado liberal para o Estado social e democrático.⁵

Neste sentido a doutrina ressalta a classificação dos direitos fundamentais em direitos de primeira dimensão, em que são protegidos os direitos civis e políticos, ou sejam, direito à vida, à igualdade, à propriedade, à liberdade,

³ Entenda-se por direitos fundamentais os direitos garantidos na Constituição, ou seja, circunscrito a um determinado Estado. Diferentemente dos direitos humanos que se caracterizam por direitos considerados universais, ou seja, direitos que não se restringem a um Estado.

⁴ A denominação utilizada de dimensões dos direitos fundamentais em lugar de gerações tem se mostrado de maior aceitação, pois analisa as diferentes fases de reconhecimento dos direitos de maneira cumulativa, ao passo que o conceito de geração sugere a idéia de substitutividade.

⁵ Segundo SARLET, “Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas ‘gerações’ (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito,[...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p.44)

acrescidos ainda pelo direito das liberdades de expressão coletiva e pelo direito de manifestação política, constituindo, portanto, o núcleo dos direitos fundamentais.

A Constituição de Weimar, em 1919, ao instituir uma Constituição para a Alemanha republicana consagrando os direitos e deveres fundamentais dos alemães, voltados à vida social, à religião e sociedades religiosas, à instrução e estabelecimentos de ensino e à vida econômica, vem consolidar os novos direitos fundamentais.

Esses direitos sociais, econômicos e culturais, considerados como de segunda dimensão, frutos dos movimentos reivindicatórios, proporcionaram o reconhecimento progressivo de direitos por parte do Estado tendo como objetivo a realização da justiça social.⁶ O direito de assistência à educação, à saúde, ao trabalho, acrescidos a liberdade de sindicalização, do direito de greve, entre outros, apesar de contemplados nas Cartas constitucionais do século XIX, foram consolidados de modo especial nas constituições do pós Segunda Guerra mundial.

Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet⁷

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho 'positivo' possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Quanto aos direitos de terceira dimensão, também considerados como direitos de fraternidade ou de solidariedade destinam-se à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como direitos coletivos ou difusos, especialmente o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Estes direitos fundamentais imanes da pessoa humana, previstos nos diplomas legais estão alicerçados nos princípios, "situados no ponto mais alto

⁶ "A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, [...] de propiciar um 'direito de participar do bem-estar-social'." (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 56-57)

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. p. 57

de qualquer sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, mas essa abstração não significa in incidência no plano da realidade.”⁸ Pelo contrário, visto que ao dar o fundamento às normas jurídicas que são expressões da realidade, passam a ter concretude.

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reafirma os princípios axiológicos fundamentais da Revolução Francesa: a liberdade, a igualdade e a fraternidade “Todos os homens nascem livres e iguais, em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Para tanto, se pode afirmar que os princípios ético-jurídicos fundamentais estão instituídos no sistema constitucional e firmado no texto das Cartas Magnas, tornando-se então, princípios constitucionais

Flávia Piovesan⁹ afirma

Com a Carta democrática de 1988, a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro.

Dentre os princípios constitucionais é o da dignidade da pessoa humana a premissa maior para a interpretação dos direitos e garantias conferidos às pessoas, apontando desta forma, o caminho aos demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, servindo de parâmetro tanto na interpretação como na aplicação, quanto na criação de normas jurídicas.

A normatização constitucional e a adesão aos tratados internacionais de Direitos Humanos se efetivam através de programas específicos, tanto de responsabilidade governamental como da sociedade civil, através das diferentes organizações não governamentais, que venham objetivar uma nova consciência em todos os segmentos da sociedade. O Estado Democrático de Direito se efetivará na medida em que forem adotadas políticas que levam à diminuição das injustiças sociais, das diferentes formas de exclusão e de violações reiteradas aos direitos fundamentais.

⁸ NUNES, Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. p. 20

⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. p. 313

3 As políticas públicas e o Estado Social

O Estado constitucional fundado a partir da Revolução da Independência Americana e da Revolução Francesa, no século XVIII, em que são conquistados os direitos civis e políticos faz com que o direito da força ceda à força do direito. É a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 o fundamento do Estado de Direito.

Para Paulo Bonavides¹⁰ independe a qualificação ou o adjetivo acrescentado, Liberal, Democrático ou Social

Se não garantir nem concretizar a liberdade, se não limitar o poder dos governantes, se não fizer da moralidade administrativa artigo de fé e fé pública, ou princípio de governo, se não elevar os direitos fundamentais ao patamar de conquista inviolável da cidadania, não será Estado de Direito.

A consolidação do Estado constitucional perpassa por modalidades distintas, quais sejam: o Estado Liberal, caracterizado pela separação dos poderes e a garantia dos direitos individuais (civis e políticos); o Estado Social, também denominado de Estado constitucional dos direitos fundamentais fundado na conquista dos direitos sociais e do direito ao desenvolvimento garantidos pelo binômio liberdade/justiça; o Estado Democrático-Participativo caracterizado pelos direitos fundamentais já conquistados consubstanciados no direito à Democracia concebido como direito fundamental do gênero humano, também denominado de direitos de quarta dimensão.¹¹

Há que se ressaltar que esta distinção entre as modalidades de organização estatal acima evidenciadas não significa uma ruptura na passagem de uma modalidade a outra e sim um aperfeiçoamento e enriquecimento pela expansão e consolidação dos direitos fundamentais e dos novos direitos.

Segundo Eduardo Ápio¹²

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. p.39

¹¹ A classificação utilizada no presente artigo é defendida por Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. p.39)

¹² ÁPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. p. 145

O Estado constitucional reclama para si a atribuição de agir de forma positiva, alterando as condições materiais originárias de seus cidadãos, de molde a garantir igualdade real de oportunidades, através da atuação dos órgãos da Administração Pública.

O Estado social tem como ponto de apoio a legalidade e a legitimidade dos direitos sociais. A legalidade garantida através da observância das leis e das regras em que se define o comportamento, a conduta, a competência desses direitos, porém é a legitimidade efetivada mediante a observância dos valores e dos princípios que se dará a concreção da justiça com base nas garantias institucionais.¹³

Ainda, para Paulo Bonavides¹⁴

O Estado social produziu [...] vínculos entre as instituições e os novos direitos fundamentais mediante a renovação doutrinária, que fez semelhantes direitos gravitarem quase todos na órbita social. E a teoria das garantias institucionais não pôde desfazer-se dos laços que prendem aos direitos fundamentais, [...]

Para a efetividade dos direitos consagrados na Constituição, o Estado social passa a intervir, mediante a atuação dos órgãos da Administração Pública, com o intuito de garantir a igualdade real de oportunidades que levam a diminuição das desigualdades socioeconômicas.

No âmbito governamental, as políticas públicas compensatórias e de emancipação são necessárias e indispensáveis, principalmente em países, como o Brasil, que receberam uma herança poderosa de problemas sociais resultantes de uma estrutura econômica baseada nas desigualdades.

As políticas públicas de proteção social tornam-se cada vez mais imprescindíveis às ações dos governos em seus diferentes níveis para que o Estado não perca de vista a responsabilidade cívica e a obrigação ética na formação de cidadãos capazes de atuar na sociedade. Dentre as políticas públicas destacam-se as ações afirmativas.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. p. 45

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p.543

4 As ações afirmativas e o direito das minorias

A temática “ações afirmativas” ou “direito das minorias” é polêmica vez que envolve tanto um fenômeno sócio-cultural marcado pelas desigualdades sociológicas, como jurídico ao se analisar a possibilidade constitucional da sua implementação fundada no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Ações afirmativas ou discriminação positiva consiste em mecanismos de políticas públicas e privadas destinadas a corrigir as desigualdades de oportunidades sociais voltadas às características biológicas de raça e sexo, ou sociológicas voltadas a etnia e religião determinantes em certos grupos da sociedade.¹⁵

Estas medidas se consolidaram inicialmente nos Estados Unidos, na década de 60 ao instituir programas de ações afirmativas no campo profissional com o intuito de diminuir a importância da raça na vida social e profissional norte-americana. Dentre os diversos casos colocados perante o Supremo Tribunal americano, o caso Bakke em 1977, foi que obteve repercussão nacional e internacional. Allan Bakke, estudante branco, promoveu ação judicial alegando que a implementação do “programa de força-tarefa”¹⁶ o havia privado de seus direitos constitucionais em razão da impossibilidade de frequentar o curso de medicina da Universidade da Califórnia.¹⁷

Para Ronald Dworkin¹⁸

Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões, Mas almejam a longo prazo *reduzir* o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente.

¹⁵ SELL, Sandro César. **Ação afirmativa e democracia racial**: uma introdução ao debate no Brasil. p. 15

¹⁶ Programa de força-tarefa é a denominação dada ao programa de ação afirmativa da Universidade da Califórnia com o intuito de admitir estudantes negros e de outras minorias em cursos superiores.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p.437

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p.439

A política de discriminação positiva, com fundamento no princípio da igualdade e dos direitos fundamentais, vem a ser uma política compensatória, com base na discriminação, com o intuito de resgatar a espolição histórica cometida contra grupos específicos. Ou seja, medidas dispensadas a determinados segmentos populacionais, sejam mulheres, negros, portadores de deficiência física, homossexuais, dentre outros, que devido ao preconceito se encontram em desvantagem em relação às oportunidades sociais.

As ações afirmativas têm como escopo não só coibir as diferentes formas de discriminação, resquícios do passado marcado por ações altamente discriminadoras, como também eliminar os efeitos sociológicos e culturais resultantes de uma trajetória histórica marcada pela desigualdade. Ao se materializar as ações afirmativas se estará objetivando uma igualdade material¹⁹ frente a igualdade formal²⁰ ou seja, um certo nivelamento de grupos sociais promovendo a igualdade de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos.

Segundo o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello²¹,

Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as leis infraconstitucionais embasadas nos tratados e convenções internacionais tratam de maneira emblemática o direito a igualdade, a punição pela discriminação dos direitos e liberdades fundamentais, a prática do crime de racismo, o que falta é vontade política para implementar no cotidiano estas garantias já conquistadas formalmente. É preciso, através dos poderes

¹⁹ Por igualdade material entende-se "a igualdade na sociedade, real ou fática, [...] a igualdade efetiva perante os bens da vida" (MORAES, Guilherme Pena de. Ações afirmativa no direito constitucional comparado. In: GARCIA, Emerson (coord.) **A efetividade dos direitos sociais**.

²⁰ "[...] igualdade formal, também denominada de igualdade perante a lei, civil ou jurídica, [...]" (MORAES, Guilherme Pena de. Ações afirmativa no direito constitucional comparado. In: GARCIA, Emerson (coord.) **A efetividade dos direitos sociais**.

²¹ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. p. 87

constituídos, somados à sociedade civil fomentar ações que venham a efetivar a igualdade material já garantida formalmente.

Há que se ressaltar que as referidas ações não ferem o princípio da isonomia, o que se verifica é o desencadeamento de uma política distributiva em relação às minorias vítimas de discriminação objetivando oportunizar uma equiparação efetiva de oportunidades. Assevera-se desta forma, a correção das disparidades oriundas do tratamento igual aos desiguais levando a concretização da igualdade social.²²

Neste entendimento, afirma Alexandre Luiz Fantin Carreira²³

[...] que as ações afirmativas não têm o condão de se transformar em medidas permanentes, mas sim são criadas para agir dentro de um lapso temporal específico, perdurando somente pelo tempo necessário para fazer valer a igualdade de oportunidade e para resgatar a dignidade dos indivíduos.

Assim, as ações afirmativas consideradas como um conjunto de políticas públicas devem ser entendidas como medidas instrumentalizadoras, de caráter temporário, que servirão na efetivação dos princípios da igualdade social e da dignidade da pessoa humana.

4.1 Ações afirmativas no Brasil

A discriminação e conseqüentemente a exclusão social no Brasil remonta o período da sua colonização perpassando pela monarquia e república, levando à formação de um sistema jurídico voltado à classe dominante. Esta ausência de políticas inclusivas do Estado produziu barreiras culturais de difícil transposição.

O século XX é marcado por movimentos de grupos minoritários²⁴ no sentido de diminuição de tensões sociais oriundas das diferentes formas de

²² MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. p. 146.

²³ CARREIRA, Alexandre Luiz Fantin. Ações afirmativas como mecanismos de efetivação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. *In*: NEME, Eliana Franco (coord.). **Ações afirmativas e inclusão social**. p. 51

discriminação, instituindo-se nos textos constitucionais²⁵ o princípio da igualdade. Mas foi com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já no seu preâmbulo, que se reconhece formalmente a instituição de “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

A Constituição Federal de 1988²⁶, apesar de não tratar de forma explícita, é pródiga em dispositivos que possibilitam a implementação de ações afirmativas por parte do Estado e da sociedade civil.

A legislação infraconstitucional Lei nº 7.853/89, dispõe sobre o apoio à pessoas portadoras de deficiência, sua integração social visando garantir ações governamentais no sentido de oportunizar a justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana.

O Ministério da Justiça, considerando os padrões internacionais de respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais garantidos nos pactos, convenções e declarações, dos quais o Brasil é signatário, através da Portaria

²⁴ A expressão grupos minoritários não significa àqueles compostos por pessoas numericamente inferior e sim grupos que sofrem discriminação e intolerância dos diferentes segmentos da sociedade.

²⁵ Foi na Constituição de 1891 que pela primeira vez se faz de modo claro e exposto, menção ao princípio da igualdade. Nas demais Cartas Constitucionais a igualdade formal se fez presente. Na Constituição de 1946 a repressão do preconceito foi tratada de forma mais perceptível.

²⁶ “Art. 3º, I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

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

IV – promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

Art. 5º, I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, [...];

Art. 7º, XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

Art. 37, VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Art. 170, VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.”

nº 1156/2001²⁷ deflagrou um conjunto de medidas voltadas à promoção e proteção dos direitos dos afrodescendentes, das mulheres e das pessoas portadoras de deficiência.

Na referida Portaria ficou determinado que os termos de convênio ou parceria celebrados pelo Ministério da Justiça a partir de janeiro de 2002, deverão incorporar cláusula de adesão ao Programa Nacional de Direitos Humanos, prioritariamente voltado às políticas de promoção da igualdade.

Quanto às licitações e concorrências públicas promovidas pelo Ministério deverá ser observado, como critério adicional, quando a lei assim permitir, a preferência por fornecedores que comprovem a adoção de políticas de ação afirmativa.

Ainda, tais medidas atingem as contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parcerias com os organismos internacionais na proporção de 20% para afrodescendentes e mulheres. Quanto aos portadores de deficiência o percentual é de 2% até o limite de 200 empregados, de 3% na faixa de 201 a 500 empregados, 4% entre 501 a 1000 empregados e de 5% na faixa de mais de 1001 empregados.

Desta forma, há que se desfazer um equívoco de que ações afirmativas são necessariamente políticas públicas voltadas às cotas mínimas de participação de minorias, como têm apregoado diferentes segmentos da sociedade. Ainda que a questão de cotas é muito polêmica e radical, existem outras medidas capazes de desempenhar o papel de instrumento de realização do princípio da igualdade material, ou seja, de igualdade social. Medidas estas de incentivos fiscais a empresas que favoreçam a contratação multirracial de empregados, aumento de pontuação em licitações, entre outras.

4.1.1 Ações afirmativas em favor dos negros

A discriminação racial é a marca registrada de todo o processo de construção da sociedade brasileira. Primeiramente na condição de escravo,

²⁷ Conselho Nacional de combate a Discriminação. Disponível em: <file:///C:/Documentos%20and%20Settings/Dra.Mariza/Configurações%29locaisConfigurações%20locais/Teomrart%20Int...> Acesso em: 11 abr.2006

quando era negociado como mercadoria ou ferramenta de trabalho, após a abolição da escravatura foi-lhe dado à condição de pessoa, porém foi-lhe negada a cidadania. Vivendo à margem da sociedade, discriminado, forma um grupo minoritário à busca de igualdade de oportunidades.

Em que pese estas constatações, as Constituições brasileiras a partir de 1891, já garantiam o princípio da isonomia, referindo-se à igualdade jurídico-formal, ou seja, a igualdade perante a lei. Mas foi a partir da Constituição Federativa do Brasil de 1988, que o princípio da igualdade garantida no *caput* do artigo 5º, passou a ser objetivado no sentido operacional da norma isonômica visando à construção de igualdades materiais.

Neste sentido, ao aplicar o princípio da isonomia deve-se considerar a admissibilidade de distinções que a própria lei regula, desde que sejam justificáveis, portanto fruto de uma análise lógica entre o regime jurídico diverso e sua base de discriminação.

José Afonso da Silva²⁸ aponta

Isso pode ser feito tanto quanto a lei privilegia os grupos sociais mais fragilizados, com o intuito de aproximá-los daqueles que dominam e beneficiam-se efetivamente de uma dada ordem social (quicá através de políticas da Ação Afirmativa), como quando o princípio em análise age como vedante de discriminações odiosas, que servem amiúde para manter os menos favorecidos num lugar que não ameacem o *status quo* (como veda a separação de usos de elevadores por cor ou classe social).

As ações afirmativas voltadas aos negros se constituem em políticas voltadas às quotas mínimas, além de vagas nas escolas públicas do ensino superior, há que se falar nas reservas de quotas para o ingresso no serviço público como forma de isonomia material.

Quanto à questão da reserva de vagas no ensino superior o entendimento é divergente, vez que determinado número de pessoas se posiciona favoravelmente, entende ser uma iniciativa necessária na obtenção da igualdade de oportunidades aos excluídos. Outra corrente alega violação ao princípio da igualdade, vez que estaria provocando uma discriminação inversa

²⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 218

em que estaria violando os direitos dos brancos e demais candidatos que eventualmente são recusados.

Nesta sentença, Ronald Dworkin²⁹

Evidentemente a ação afirmativa tem seu preço – tanto para os candidatos brancos decepcionados quanto para os negros bem-sucedidos que se ofendem com qualquer desconfiança de que precisaram de uma preferência especial para ter êxito – e sem dúvida, essa política vem provocando mais ressentimentos, em geral, mesmo que a escala desses ressentimentos continue incerta. Mas o preço moral e prático de proibi-la seria muito mais alto.

As ações afirmativas voltadas às quotas mínimas na sociedade brasileira, leva a uma discussão além do aspecto jurídico-formal e sim voltada à polêmica conceituação de quem é o negro no Brasil. Mediante as dificuldades de conceituá-lo atendendo aos caracteres biológicos, ou seja, a pigmentação da pele (negros ou pardos) como fator de inserção nas políticas de ações afirmativas, num país de forte miscigenação, traz dificuldades inclusive aos juizes ao decidir a respeito dos direitos dos negros e seus descendentes.

Sandro César Sell³⁰ ao tratar da questão da ação afirmativa do negro na sociedade brasileira, afirma que “o ser negro não seria então resultante de um determinado tipo de pigmentação epidérmica, mas um *topos*, um lugar na estrutura sócio-cultural.”

A fundamentação legal das ações afirmativas é uma decorrência de atos legislativos de competência de todas as unidades da federação, dentre eles podendo citar a Lei Federal nº 10.558/02, que instituiu o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, a fim de implementar e avaliar estratégias que levam a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos minoritários considerados socialmente desfavorecidos, em especial os afro-descendentes.

A primeira instituição federal de ensino superior a implementar o sistema de cotas foi a Universidade de Brasília - UnB, que aprovou em junho de 2003 um

²⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. p. 579

³⁰ SELL, Sandro César. **Ação afirmativa e democracia social**: uma introdução ao debate no Brasil. p. 61

plano de metas para integração racial e étnica. O projeto entrou em vigor em 2004, prevendo a reserva de vagas para negros, durante dez anos.

Vale citar, a lei estadual nº 3.708/01, Estado do Rio de Janeiro, que instituiu a cota de 40% a negros e pardos na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, e na Universidade do Norte Fluminense – UENF. Ainda, ações afirmativas no âmbito da Administração Pública Federal o Decreto nº 3.228/02, ao instituir o Programa Nacional de Ações Afirmativas do Ministério da Justiça tratou do incentivo e apoio ao ingresso de afro-descendentes na carreira diplomática, através de concessão de bolsas-prêmio de vocação para a diplomacia.³¹

Vale lembrar que a política de cotas para negros nas Universidades brasileiras soma-se a um conjunto de ações afirmativas desencadeadas visando à inclusão deste segmento da população em diversos níveis da sociedade. As cotas para negros no serviço público, na propaganda, ações de valorização da cultura afro-brasileira vêm contribuir para o recrudescimento do racismo existente na sociedade brasileira.

4.1.2 Ações afirmativas em favor da mulher

A mulher tem uma história marcada por discriminação e exclusão social, política e profissional, distanciando-a de toda e qualquer atividade de negócios que não estivessem vinculados com a família.

Assim afirma Regiane Magonar³²

Essa anuência jurídica e histórica à exclusão da mulher nos meios de representação não ligados à família exige uma atual postura do Estado em sentido inverso, ou seja, compreende-se o dever do Estado em agir, através das chamadas discriminações positivas, de modo a viabilizar a participação feminina nos centros de decisões.

³¹ MORAES, Guilherme Pena de. Ações afirmativas no direito constitucional comparado. In: GARCIA, Emerson (coord.) **A efetividade dos direitos sociais**.

³² MAGONAR, Regiane. A busca pela cidadania feminina e a lei de cotas às eleições. In: NEME, Eliana Franco (coord.). **Ações afirmativas e inclusão social**. p. 252

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, I, ao determinar a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações vem consolidar o princípio da igualdade formal.

A participação feminina no processo político ocorreu na década de 30 do século XX, ao ser dado à mulher o direito de votar e ser votada. Pouco se fez para incentivar a atuação feminina nos Parlamentos nos diferentes níveis da Federação.

A Lei 9.100/95 estabeleceu um sistema de cotas num percentual de 20% de participação feminina no processo eletivo. A legislação veio dar uma resposta aos movimentos das mulheres, porém não é o suficiente para diminuir as disparidades existentes no campo político.

Na seqüência, a Lei nº 9.504/97, ao estabelecer as normas gerais para as eleições, veio firmar critérios efetivos de sua atuação política, onde no artigo 107, § 3º, dispõe que cada partido político ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% de candidaturas de cada sexo. Mediante a falta de trabalho efetivo por parte dos partidos políticos de conscientização da importância de mulher no processo eletivo somado a ausência de projetos de educação política sua participação ainda tem sido apenas para cumprir determinação legal.³³

No âmbito profissional os direitos garantidos à mulher na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT em 1943 e ampliados na Carta Magna de 1988, passaram a ser um empecilho à sua efetiva integração no mercado de trabalho. Atualmente ainda se percebe uma nítida discriminação em relação ao trabalho masculino apesar da superação e infiltração das mulheres em postos de trabalho antes ocupados pelos homens e uma equiparação em relação a remuneração.³⁴

Quanto à efetividade do artigo 7º, XX da Constituição Federal ainda não houve regulamentação infraconstitucional que determine a adoção de incentivos para a proteção do mercado de trabalho da mulher. Tramita no Congresso Nacional PL nº 2.417/89 com o propósito de criar incentivos fiscais às pessoas jurídicas

³³ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 167

³⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. p. 165

que contratarem mão-de-obra feminina, não inferior a 30%, desde que este valor seja aplicado em treinamento e qualificação de mão-de-obra.

Ainda vale ressaltar, o projeto de lei estadual nº 26/95 do Estado do Rio Grande do Sul previa a instituição do "Sistema Estadual de Habilitação de Interesse Social" estabelecendo que determinados programas habitacionais deveriam conceder financiamentos prioritariamente às mulheres chefes de família. O veto ocorreu fundamentado na alegação de violação ao princípio da igualdade por via de discriminação inversa.³⁵

No setor privado, a classe empresarial dos grandes centros produtivos em atendimento às necessidades da mulher mãe de família, tem se preocupado com a implementação de creches junto às empresas ou viabilizando, através de convênios, o atendimento aos seus filhos.

A efetiva participação da mulher, em igualdade de condição aos homens, ou seja, o exercício de sua cidadania plena, ainda depende da superação de todas as formas de discriminação que ainda são acometidas as mulheres tanto no setor público quanto no privado. Ações afirmativas necessitam ser implementadas para o rompimento total dos grilhões que separam da igualdade social.

4.1.3 Ações afirmativas em favor dos portadores de deficiência

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária instituída nos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, só é viável quando os desiguais tiverem efetivamente tratamento desigual. A exclusão de grupos sociais minoritários, dentre eles os portadores de deficiência, é o empecilho para a construção da cidadania apregoada pelo Estado social.

Historicamente os portadores de deficiência, além de formar um grupo excludente, digno de pena, eram em algumas sociedades dizimados por força da sua impossibilidade produtiva. Considerado inútil, inválido, o estereótipo do portador de deficiência ainda é marginalizado, vez que a sociedade sequer oferece as condições físicas para a satisfação de suas necessidades básicas.

³⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.p. 168

Organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas – ONU, e a Organização Internacional do Trabalho – OIT, demonstraram uma preocupação com os portadores de deficiência já em 1971, com a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental, a Declaração dos Direitos das Pessoas deficientes em 1975, bem como em 1953 com a edição da Convenção nº 159 que trata da Reabilitação Profissional em Emprego de Pessoas Portadoras de Deficiência.³⁶

A Carta Magna de 1988 promulgou um número significativo de normas de conteúdo afirmativo em favor do portador de deficiência, todavia há uma inefetividade jurídica por parte do Estado.

A Lei nº 7.853/89 estabelece a Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, define normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social. O § 1º do artigo 1º prevê que deverão ser considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, da dignidade da pessoa humana, do bem-estar fundados na Constituição e nos e justificados princípios gerais do direito.

No campo educacional há previsão, de acordo com a legislação acima mencionada, no sentido de educação pública e gratuita inclusive em sistema de educação especial. Ainda as instituições de ensino superior deverão fazer adaptações quanto ao sistema de provas e de material escolar a essa coletividade, o que se verifica muitas vezes a sua inobservância frente a alegação de “ínfima demanda”.³⁷

Com o propósito de viabilizar a locomoção dos portadores de deficiência a Lei nº 7.853/89, no artigo 2º, V, prevê a adoção e a efetiva execução de normas que venham garantir a funcionalidade das edificações e vias públicas a fim de permitir o livre acesso em edifícios, logradouros e meios de transporte.

No campo da saúde, a Lei nº 7.853/89 procura garantir o livre acesso aos estabelecimentos de saúde pública e privada, promovendo, inclusive, diagnóstico e encaminhamento precoce de doenças causadoras de deficiência.

³⁶ SANTOS, Roberta Machado Branco Ramos. Da inclusão social da pessoa portadora de deficiência pela reserva de vagas em concursos. In: NEME, Eliana Franco. (coord.) **Ações afirmativas e inclusão social** p.169

³⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.p.189-190

Através da Lei nº 9.658/98, o poder público é obrigado a fornecer gratuitamente medicamentos necessários ao tratamento do portador de deficiência, não havendo para tal, impedimento a sua participação nos planos ou seguros de saúde privados³⁸.

O poder público deve ainda fornecer gratuitamente órteses, próteses auditivas, visuais e físicas que favoreçam sua adequação funcional, porém o Sistema Único de Saúde – SUS está longe de atender essas necessidades.

A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, no artigo 5º, 2º assegura um percentual de 20% dos cargos e empregos públicos para os portadores de deficiência, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadores.

Ainda a Lei Federal nº 10.216/2001, trata da proteção e direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial, substituindo o isolamento do deficiente mental do grupo social pela inserção na família, no trabalho e na comunidade.

Contudo, o Estado brasileiro está longe de implementar um programa coerente de ações afirmativas em favor dos portadores de deficiência, o que não se pode falar em relação a sociedade brasileira, através das Organizações não Governamentais – ONGs.

4.1.4 Ações afirmativas em favor dos homossexuais

A consolidação do Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo princípio do pluralismo com base na dignidade da pessoa humana, depende da quebra de paradigmas com relação às diferentes formas de discriminação, dentre elas a orientação sexual, ou seja, a possibilidade de escolha das relações afetivas com pessoas do mesmo sexo.

A sociedade na Antigüidade e na Idade Média foi marcada pelo poder do soberano e pela força da religião não permitindo a separação do Direito, da moral e religião. O Estado constitucional liberal e social calcado na valorização do indivíduo, o reconhecimento dos direitos fundamentais em que prepondera a noção de pluralismo, não conseguiu se desvencilhar dos costumes, crenças e

³⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. p.192

tradições fortemente arraigadas.³⁹ Razão pela qual a discriminação de grupos minoritários ainda é uma constante, o que se percebe principalmente em relação ao homossexualismo.

O tratamento dado atualmente à pessoa que demonstra preferência ou opção de relacionamento com outra do mesmo sexo na sociedade atual é comparada ao tratamento dado aos trabalhadores que no século XIX reivindicavam direitos sociais voltados à saúde, previdência, assistência social, a melhores condições de trabalho dentre outros.

Assim se posiciona Álvaro Ricardo de Souza Cruz⁴⁰

[...] tanto a liberdade de associação (sindical) no século XIX quanto a idéia de liberdade sexual na atualidade eram/são vistas com absoluta intolerância, escárnio e desprezo pela sociedade mesmo que, como no Brasil, não haja tipificação penal de pessoas que pratiquem relações homossexuais, desde que consentidas e entre pessoas capazes.

A mais significativa ação afirmativa em benefício dos homossexuais se constitui no Projeto de Lei 1.151/95, de autoria da deputada da época Marta Suplicy, reconhecendo a união civil entre pessoas do mesmo sexo, garantindo inclusive os direitos civis de sucessão, previstos na Lei 8.971/94 e ainda considerando impenhorável o bem imóvel próprio e comum nas condições da Lei nº 8.009/90.

Outro exemplo de ação afirmativa fica por conta do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em Apelação 309.092.0/2002 em que a relatora Desembargadora Jurema Brasil Marus, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como sociedade de fato, reconhecendo o direito de partilha dos bens, em face de dissolução de tal união.

Tais decisões têm demonstrado uma significativa evolução na integração e na reafirmação dos direitos das minorias homossexuais que até pouco tempo sequer eram consideradas pelo Poder Judiciário testemunhas idôneas, aptas a formar juízo de convencimento no conjunto de provas orais.

³⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. p. 69-70

⁴⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. p.75-76

No campo profissional a rejeição em relação ao homossexual acontece em determinadas profissões, sendo aceitáveis e até aplaudidas em outras, tais como no setor da moda, da beleza e no mundo artístico. Qualquer estudo estatístico a respeito da discriminação contra homossexuais relacionada ao trabalho impecce, em razão de que a própria pessoa não reconhece publicamente sua opção sexual. Ainda na sociedade o estereótipo de perversão ou de doença somado ao constrangimento diante das pilhérias que são comuns na sociedade, leva-o ao isolamento ou mesmo ao silêncio.⁴¹

Considerações finais

Na presente reflexão procurou-se demonstrar que os direitos fundamentais, como conjunto de valores históricos básicos que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico das pessoas surge sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes políticos, jurídicos e sociais a tarefa de, para além do seu reconhecimento formal, agir no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.

O Estado social responsável pela efetivação desses direitos fundamentais se consubstancia na criação de políticas públicas que venham oportunizar às pessoas vítimas do processo de exclusão social, o resgate histórico e a obtenção da igualdade social fundada na dignidade da pessoa humana. Com isso, a Carta Constitucional ao determinar no artigo 3º como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação, assegura a criação de ações afirmativas que venham propiciar a consolidação da do Estado Democrático de Direito.

As ações afirmativas podem ser consideradas significativas para corrigir as desigualdades fruto da exclusão social sendo que, em tese, são compatíveis com o sistema jurídico constitucional vigente.

Quanto à adoção de política de cotas mínimas por parte das Universidades e em serviços públicos podem as mesmas contribuir no processo de aceleração do acesso de pessoas negras capacitadas a produzirem em pé de igualdade para o crescimento da sociedade em que vivem. Para tanto, o uso da política

⁴¹ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. p. 85-86

de cotas deve ser um caráter transitório oportunizando o amadurecimento da sociedade na construção de uma democracia e de uma plena cidadania.

As mulheres, mediante ações implementadas para a sua equiparação no campo profissional, já têm conseguido conquistar seu espaço frente a uma sociedade ainda machista, todavia há que se buscar uma conscientização e um reconhecimento desta igualdade. No campo político a Lei nº 9.504/97 ao estabelecer o sistema de cotas oportunizando a participação feminina não é suficiente, uma vez que não há por parte dos partidos políticos estratégias que venham oportunizar o engajamento das mulheres nas disputas políticas.

Com relação ao portadores de deficiência, apesar da previsão legislativa de mecanismos que venham a promover a igualdade de oportunidades, na prática a efetividade destes direitos ainda está distante frente as resistências tanto do setor público quanto privado.

As relações homossexuais fazem parte do cotidiano da sociedade atual, negar a sua existência é tornar-se alienado a uma realidade social e discriminar um segmento.

Por fim a igualdade material será obtida não só com a implementação de políticas públicas de ação afirmativa e sim na medida em que as pessoas que convivem numa processo interativo reconheçam no outro o seu potencial como pessoa, independentemente de sua cor, raça, sexo, opção sexual ou estado físico.

Referência das fontes citadas

APPPIO, Eduardo. **Controle das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

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**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Revisão técnica e tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

GARCIA, Emerson (coord.) **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. **Revista da Escola Nacional da Magistratura** - Ano I, número 01 - Brasília: Escola Nacional da Magistratura - abril 2006

NEME, Eliana Franco (coord.); CARVALHO, Willian Ricardo do Amaral. **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: EDITE, 2005.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

SELL, Sandro César Sell. **Ação afirmativa e democracia racial**: uma introdução ao debate no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996.