

ÁLVARO LUIZ PALACIOS TORRES

**AÇÕES AFIRMATIVAS E LIMITES ÀS POLÍTICAS  
PÚBLICAS DE IGUALDADE.**

Piracicaba, SP  
2012

ÁLVARO LUIZ PALACIOS TORRES

**AÇÕES AFIRMATIVAS E LIMITES ÀS POLÍTICAS  
PÚBLICAS DE IGUALDADE.**

Orientador: Prof. Dr. RICHARD PAULO PAE KIM

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação (Mestrado em Direito) da Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Richard Paulo Pae Kim.

Núcleo: Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania.

Piracicaba, SP  
2012

# AÇÕES AFIRMATIVAS E LIMITES ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALDADE

**Autor:** Álvaro Luiz Palacios Torres

**Orientador:** Prof. Dr. Richard Paulro Pae Kim

## BANCA EXAMINADORA

28/02/2012

---

Prof. Dr. Richard Paulro Pae Kim  
Presidente/Orientador

---

Prof. Dr. João Miguel  
Membro

---

Prof. Dr. Jose Levi Mello do Amaral Junior  
Membro Convidado

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais:

**Armindo Gonçalves Torres** (*in memoria*) e **Zunilda Pabla Palacios de Gonçalves Torres**,

por serem exemplos de vida e meus melhores amigos, incentivando-me a continuar trilhando o caminho do saber e sacrificando-se para que eu e meu irmão pudéssemos ter um futuro melhor por intermédio dos estudos, transmitindo-nos inúmeros valores positivos, os quais levaremos até o fim dos nossos dias;

À minha esposa:

**Louise Maria Barros Barbosa**,

grande amor da minha vida, com quem sinto segurança, afeto, e com quem percebi nitidamente que vida só vale a pena quando existe amor;

Ao meu irmão:

**Nestor Paulo Palacios Torres**,

pela cumplicidade, amizade, proteção e que com seu incentivo possibilitou a realização deste estudo;

***dedico este trabalho.***

## AGRADECIMENTOS

A concretização deste trabalho somente foi possível graças às bênçãos de Deus, bem como aos muitos colaboradores diretos ou indiretos, dos quais sou eterno devedor. Agradeço a todos e, em especial:

Ao Professor Doutor **Richard Paulo Pae Kim**, pela dedicação, confiança depositada e os sempre necessários conselhos e orientação durante a elaboração desta pesquisa;

Aos professores doutores **João Miguel da Luz Rivero** e **José Renato Martins**, pela valiosa contribuição quando de minha Banca de Qualificação, sendo os apontamentos indicados e sugestões de grande valia para o aperfeiçoamento desta dissertação;

Aos **professores doutores** membros que comporão minha Banca de Defesa Pública de Dissertação de Mestrado, pelo aceite em participarem desta importante data em minha vida, tendo o autor desde já a certeza de que suas considerações serão muito úteis para meu aperfeiçoamento acadêmico e profissional;

À **Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep**, pelo excelente acervo bibliográfico e banco de dados que disponibiliza digitalmente;

Aos **colegas** do Curso de Mestrado, pelas incontáveis horas de estudo, pelas reflexões coletivas e, ainda, pelo salutar convívio acadêmico;

Às secretárias do Setor de Pós-Graduação da Unimep, **Dulce Helena dos Santos** e **Sueli Catarina Verdichio Quiles**, pela amizade, disposição, competência, e simpatia no atendimento ao corpo discente em geral;

Ao secretário da Faculdade de Direito da Unimep, **Norberto Salvagni**, pela colaboração no tratamento estético desta pesquisa;

A todos que direta ou indiretamente colaboraram para que eu conseguisse chegar a este estágio minha trajetória acadêmica;

**Muito obrigado!!**

## RESUMO

O presente trabalho aborda o tema das políticas públicas afirmativas, desde a sua fundamentação sociológico-jurídica até o tratamento da doutrina e jurisprudência pátria. Enfatiza-se a singularidade desta espécie de política pública no ordenamento jurídico brasileiro. Esclarecemos que uma das principais preocupações da dissertação se volta a transmitir as ideias primordiais e as pesquisas a respeito do instituto de forma a facilitar o entendimento do leitor. A prioridade no desenvolvimento do trabalho é tornar a leitura mais agradável e compreensível na medida da possibilidade de trazer os principais pontos do tema e seus reflexos. Desenvolveu-se o mérito em três fases, priorizando a assimilação do tema, como acima mencionado: as ações afirmativas, as políticas públicas, e as decisões governamentais e suas limitações. Aborda-se, por questões didáticas, as ações afirmativas em três divisões: o precedente axiológico, qual seja: o princípio da igualdade; o precedente histórico-comparado, desde a formação do instituto até sua apresentação no direito comparado; e, finalmente, o instituto quanto a sua natureza e sua experiência brasileira. A igualdade, precedente axiológico das ações afirmativas, é trazida a partir da idéia histórica e contemporânea do valor agregado. Os precedentes histórico-comparados das ações afirmativas vinculam o instituto ao seu surgimento e desenvolvimento na história de alguns países, especialmente nos E.U.A. (local de grande desenvolvimento do tema). Fixadas as premissas axiológicas e normativas, passaremos a cuidar da natureza do instituto e de seu conceito, onde focaremos os objetivos buscados pelas ações afirmativas, já nos preparando para vincularmos o assunto as políticas públicas. Relembramos que a preocupação do trabalho se volta a um fácil estudo do assunto, daí porque a necessidade de se trabalhar um conceito do tema que englobe as diversas ideias em voga. Após, teceremos considerações sobre políticas públicas, tema que ora dividimos em duas linhas de pesquisa: o que seriam as chamadas políticas públicas e os mecanismos voltados a implementação destes atos, seja na esfera administrativa, seja na seara legislativa.

**Palavras-chave:** Igualdade; Políticas governamentais afirmativas; Reservas.

## ABSTRACT

This paper addresses the issue of public policy statements, from its foundation to the sociological and legal treatment of the doctrine and jurisprudence homelands. We emphasize the uniqueness of this kind of public policy in the Brazilian legal system. Clarify that a major concern of the thesis turns to transmit the prevailing ideas and research about the institute in order to facilitate the reader's understanding. The priority in developing the work is to make reading more enjoyable and understandable as the possibility of bringing the main points of the topic and your reflexes. Developed the merits in three phases, prioritizing the assimilation of the topic, as mentioned above: affirmative action, public policy and government decisions and their limitations. Addresses, for didactic reasons, affirmative action in three divisions: the precedent set of values, namely: the principle of equality, compared to historical precedent, since the formation of the institute until his presentation on comparative law, and finally the Institute as its nature and its Brazilian experience. Equality, the previous set of values of affirmative action, is brought from the idea of the historical and contemporary value. The foregoing historical comparison of the institute affirmative action link its emergence and development in the history of some countries, especially in the U.S. (a place of great development of the subject). Fixed axiological and normative assumptions, we will take care of the nature of the institute and its concept, which will focus on the objectives sought by affirmative action, already are preparing to link the issue to public policy. Please note that the concern of the work turns to an easy study of the subject, which is why the need to work a concept of theme that embraces the diverse ideas in vogue. After, we offer public policy considerations, a topic that sometimes divide into two lines of research: what would be called public policy and mechanisms aimed at implementation of these acts, whether at the administrative level, either in the legislative harvest.

**Keywords:** Equality; Governmental assertive political; Reserves.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CONFENEN – Confederação dos Estabelecimentos de Ensino

EUA – Estados Unidos da América

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia Estatística

PROUNI – Programa Universidade para Todos

SENAC – Serviço Nacional do Comércio.

SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça



## SOLILÓQUIO

*Quando um direito constitucional desaparece, nenhum dos outros se deve presumir seguro.*

(Rui Barbosa)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1 SOBRE A IGUALDADE.....</b>	<b>14</b>
1.2 Breve histórico acerca dos ideais de igualdade.....	14
1.3 O âmbito normativo da igualdade.....	34
<b>2 SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>47</b>
<b>3 DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....</b>	<b>57</b>
3.1 O surgimento das ações estatais afirmativas.....	58
3.2 As políticas públicas de combate à desigualdade.....	65
3.3 A experiência brasileira no tocante às ações afirmativas.....	76
<b>4 MECANISMOS DAS AÇÕES ESTATAIS AFIRMATIVAS.....</b>	<b>100</b>
4.1 Das políticas legislativas.....	100
4.2 Atos normativos e de execução: a questão orçamentária.....	110
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>124</b>

## INTRODUÇÃO

Segundo a concepção contemporânea de agrupamento humano, a participação dos indivíduos na sociedade coteja o tratamento jurídico dispensado a seus integrantes e a ideia de igualdade, não estando esta mais circunscrita ao sufrágio universal: direto ou indireto.

A desigualdade social não pode ser visualizada apenas pelo aspecto socioeconômico, eis que a participação do indivíduo no grupo está vinculada à medida da igualdade de tratamento entre o Estado e seus administrados e, dentre estes últimos, entre todos os indivíduos.

Assim, as decisões governamentais que circunscrevem o combate à desigualdade sócio participativa carecem de adequação ao contexto social e ao modelo jurídico adotado, motivo pelo qual há de se trazer à tona o debate sobre sua natureza, implementação, controle, seus responsáveis, dentre outros temas.

Necessário se torna analisar as tensões sociopolíticas que circunscrevem – e circunscreveram – as políticas públicas de combate à desigualdade, delimitando a ideia jurídica e os principais reflexos em temas de discussão contemporânea, tais como a força normativa e o uso de princípios constitucionais, a separação entre direito público e direito privado, a ampliação da jurisdição constitucional, a constitucionalização do direito administrativo, entre outros.

Nesta pesquisa investiga-se especificamente as políticas públicas de combate à desigualdade a partir do estudo histórico comparado da ideia de igualdade, culminando na análise das chamadas ações afirmativas.

Sob a ótica deste raciocínio, o ponto de partida será o estudo das políticas públicas, realçando suas principais características, requisitos normativos e

possibilidade de controle estatal. Dentre tais decisões governamentais, especial interesse recai sobre as ações afirmativas, cujas singularidades permitem distingui-las das demais políticas públicas de igualdade.

Também caberá destaque à experiência das ações afirmativas na conformidade de sua origem no direito comparado – e pátrio – a partir da noção consagrada sobre este instituto. Neste momento será tratado o vínculo entre o contexto histórico social do ordenamento jurídico e a utilização das ações afirmativas.

No entanto, convém alertar para o fato de que a preocupação não é desenvolver um trabalho sociológico ou que deite seus fundamentos em estatísticas ou razões desta natureza tão somente, mas principalmente de exploração jurídica dos temas tratados.

O cotejo entre as razões históricas e as decisões governamentais de combate à desigualdade, especialmente as chamadas ações afirmativas, é utilizado como a principal metodologia do presente trabalho.

O primeiro capítulo ocupa-se com o fundamento das políticas públicas, em especial o que tange à igualdade. Este assunto, que guarda certo grau de controvérsia, qualquer que seja a seara de análise considerada, inicia-se com o estudo dos ideais históricos de igualdade, trazendo à baila uma breve síntese de sua evolução e, logo em seguida, a devida classificação jurídica do instituto.

Finda a análise do tema “igualdade”, tem início a discussão a respeito das políticas públicas propriamente ditas. Nesta fase do estudo, o interesse maior recai sobre os aspectos gerais das chamadas decisões governamentais, destacando-se a rotina de sua origem e a possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário.

Dentre as políticas públicas, a preocupação maior neste estudo se dá em relação às ações afirmativas. A história do instituto, com breve aporte no direito comparado, propiciará uma ideia mais detalhada a respeito do tema e, na continuidade do estudo, uma abordagem sobre a expediência brasileira acerca deste instituto.

Ao final serão tratados os mecanismos voltados à implementação de tais políticas públicas de combate à desigualdade social, destacando-se os atos administrativos e as manifestações legislativas, momento em que também será abordada a questão específica do controle jurisdicional nessas duas espécies de manifestação das ações afirmativas.

## 1 SOBRE A IGUALDADE

As políticas públicas de combate à desigualdade possuem fundamento na igualdade, ou seja, ideia que coteja a participação entre os indivíduos do grupo e, portanto, carente de análise em seus aspectos histórico e normativo.

Assim, este capítulo trata dos ideais históricos de igualdade, analisando as alterações nas formas do Estado segundo a concepção social do tema. Logo após, aborda-se a questão normativa do instituto, especialmente no que tange a sua natureza jurídica.

É preciso deixar claro que este trabalho não possui a pretensão de esgotar o tema igualdade, até porque tal intenção poderia guardar certo grau de utopia, mas aspira ao estudo do seu vínculo com as políticas públicas de combate à desigualdade, motivo pelo qual as questões históricas serão tratadas de forma moderada e fragmentada.

### 1.2 Breve histórico acerca dos ideais de igualdade

A constatação de que o homem é um ser social, incluso num determinado grupo de indivíduos, conduz à ideia de que o mesmo interage coletivamente na condição de líder ou liderado. Tal interação apresenta finalidades específicas, mas arrisca-se aqui em afirmar que há sempre um caráter comum quanto ao ato em si, ou seja, a possibilidade de influenciar decisivamente aquele agrupamento.<sup>1</sup>

Destaque-se que o nível de interação reflete a igualdade de tratamento entre os indivíduos do grupo, eis que a diversidade deve ser captada como elemento

---

<sup>1</sup> Apenas por uma questão didática, será utilizado o vocábulo agrupamento como sinônimo de grupo.

integrativo de opiniões e, na esteira do presente trabalho, de possibilidade de tratamento igualitário, levando o agrupamento a tomar decisões coletivas.

A abordagem comparativa do tema igualdade entre os diversos grupos de indivíduos, a qual apresentaria a marca do evolucionismo ou do historicismo, mostra-se insuficiente. Aparentemente, mesmo nos agrupamentos indiferentes – exemplo típico das hordas – ou nas sociedades modernas a interação é característica comum a estes.<sup>2</sup>

Interesse maior recai, portanto, sobre aquela ideia de grupo desenvolvida por B. E. Mercer, a entender que:

Uma comunidade humana é um agregado de pessoas funcionalmente relacionadas que vivem numa determinada localização geográfica, em determinada época, partilham de uma cultura comum, estão inseridas numa estrutura social e revelam uma consciência de sua singularidade e identidade distinta como grupo.<sup>3</sup>

Assim, identifica-se a existência da igualdade na própria interação interna do grupo. Diz-se “interna” por se ater àquela igualdade existente entre os indivíduos do mesmo grupo, eis que diferencia as relações intragrupais das extragrupais, ou seja, a relação entre os sujeitos que pertencem ao grupo e aqueles que são referência (externa) para o mesmo, respectivamente.

Traço marcante de todo agrupamento humano, a socialização é uma característica peculiar do ser humano, primorosamente sintetizada por Hannah Arendt ao expor que:

Essa relação especial entre a ação de estar junto parece justificar plenamente a antiga tradução do zoon politikon de Aristóteles como animal socialis, que já encontramos em Sêneca e depois, com Tomas de Aquino, tornou-se a tradução consagrada: homo est

---

<sup>2</sup> Não será explorada a diferenciação sociológica entre grupos e instituições que surgiram para regular tais fenômenos.

<sup>3</sup> MERCER, B. E. *The American Community*. New York; R. House, 1956. In: **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio e Janeiro: FGV, 1986. p.229.

naturaliter politicus, id est, socialis (“o homem é, por natureza, político, isto é, social”).<sup>4</sup>

No agrupamento social, os indivíduos atuam – voluntariamente ou não – passiva ou ativamente do ato coletivo. Esta participação é a própria medida que reflete a igualdade de tratamento entre os partícipes.

As ações de combate às desigualdades entre os integrantes do grupo, ou melhor, as providências que buscam igualar os indivíduos na medida de sua desigualdade possuem singular importância para possibilitar uma decisão genuinamente coletiva.<sup>5</sup>

Some-se a isso que a interação também influencia na aceitação da decisão coletiva, pois o destaque do indivíduo no grupo o torna membro funcional no conjunto de pessoas, permitindo que ele aprove mais facilmente as decisões coletivas, o que vem a surtir especial efeito na própria convivência entre os partícipes.

O estudo da igualdade se traduz numa das tarefas mais tormentosas da ciência do Direito e na própria história da humanidade, impossibilitando qualquer pretensão de esgotar seu objeto, conforme já explanado na introdução deste trabalho. Portanto, cuidou-se, nesta oportunidade, de uma análise voltada às questões normativa e histórica, embasada na opinião de Robert Alexy, entendendo o doutrinador que, “se a discussão sobre os direitos fundamentais não pudesse ter outra sustentação além do texto constitucional e do vacilante solo de seu surgimento, seria de se esperar uma luta de ideias sem fim e quase sem limites.”<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p.27.

<sup>5</sup> Não por outra razão, ações historicamente marcantes se baseiam no combate às desigualdades, destacando-se, a título de exemplo: o combate as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia, entre outras práticas de intolerância.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.27.



Assim, toma-se como ponto de partida o estudo do agrupamento social por excelência, ou seja, o Estado em sua concepção sociológica.<sup>7</sup> A análise volta-se à perspectiva histórico-evolutiva deste fenômeno, especialmente no que diz respeito ao tema igualdade.

A figura do Estado na antiguidade, citando-se primeiramente Israel como exemplo regional, era teocrático e politeísta. A primeira figura de Estado, na acepção sociológica recém exposta, originava-se – e priorizava – da união de seus indivíduos, motivo pelo qual era unitário e não permitia divisão interna. Ainda, a autoridade permeava-se de religiosidade, pois havia a necessidade de não ser contestada.

A próxima forma de Estado buscou contestar a anterior, centrando suas características justamente no antagonismo do antigo modelo. O chamado Estado grego passou a separar – de forma nítida – a religião da política. Nesta situação, pode-se inferir que havia “certa dose de democracia”, sendo que tal terminologia não deve ser confundida com a acepção contemporânea do termo, pois o indivíduo apresentava uma posição única, enquanto uma elite compunha a classe política com enorme participação no Estado a respeito dos assuntos públicos, mas não nas de assuntos particulares. À época, a classe dominante rejeitava a expansão excessiva do Estado, perpetuando-se, dessa forma, o total controle da população.

Historicamente, a ideia de “igualdade” remontaria a Sólon – 640 a.C. - 560 a.C. – passando pelos pitagóricos e configurando a base para a teoria da justiça particular aristotélica.<sup>8</sup> Ainda no contexto da Grécia antiga, interessa a esta pesquisa os ensinamentos de Platão, ao advertir que quando a igualdade é conferida a coisas

---

<sup>7</sup> Para verificar a existência de outras concepções de Estado, cf. DUGUIT, Leon. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: E. de Boccard, 1927; cf. também HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

<sup>8</sup> BARKER, Ernest. **Greek political theory**. London: Methuen, 1970. p.49.

desiguais, o resultado será desigual, a menos que se aplique a medida devida. Este mesmo filósofo ainda entendia a igualdade como fundamento da democracia.

Como bem observa Martin de Albuquerque, a desigualdade de Aristóteles é superada por Cícero e Sêneca. O autor explica que:

[...] o Mundo Antigo, a despeito da afirmação da desigualdade natural por Aristóteles e da admissão da escravatura, legou à humanidade, como parte nuclear do seu patrimônio moral e intelectual, em matéria de igualdade, uma aportação que se traduz nas proposições seguintes:

- a) Todos os homens são naturalmente iguais;
- b) A igualdade é essência da Justiça;
- c) A igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis;
- d) A igualdade obriga a tratar igualmente, o igual, desigualmente o desigual;
- e) A igualdade é a base da democracia;
- f) A igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo) em certos casos ser geométrica;
- g) A igualdade contém um componente de adequação às situações e aos fins;
- h) A igualdade implica a participação das oportunidades.<sup>9</sup>

Após a etapa histórica recém apresentada, houve a necessidade de impor regramentos e controlar a população com base em comandos normativos. O Estado romano, baseado num modelo advindo da ampliação do conceito familiar, era a expressão máxima da política econômica. A família era constituída pelo *pater* e seus parentes agnados; os parentes destes; os escravos (*servus*) e mais os estranhos que se associavam ao grupo (*famulus*), sendo certo que a autoridade do *pater* família era absoluta. Conforme Martin de Albuquerque, grandes pensadores romanos – Ulpiano, por exemplo – e, após, a igreja católica compartilharam da ideia de igualdade entre os homens<sup>10</sup>.

Fala-se na existência de um Estado Feudal ante a invasão dos bárbaros, caracterizado pela descentralização política, administrativa e econômica. No entanto,

<sup>9</sup> MARTIN DE ALBUQUERQUE. **Da igualdade**. Coimbra: Almedina, 1993. p.15.

<sup>10</sup> *Ibidem*. p.16.

na tentativa de centralizar o poder, a partir do século XI criou-se o Estado Medieval, com a proeminência do papado sobre o governo temporal. Tem-se como características fundamentais do Estado Medieval a forma monárquica de governo; a supremacia do direito natural; a confusão entre os direitos público e privado; a descentralização feudal; e a submissão do Estado ao poder espiritual representado pela Igreja Romana.

Diante da necessidade de expansão do comércio e como reação contra a descentralização feudal da Idade Média e contra o controle da Igreja Romana surge o que veio a ser denominado de Estado moderno, revestindo a forma do absolutismo monárquico. Aparentemente, a partir desse momento histórico é possível concatenar a ideia de Estado como se concebe (ou mais se aproxima) desde Maquiavel.

Convém buscar suporte em José Pedro Galvão de Souza para entender que:

Entre o Estado centralizador, que fora o Império de Roma, e os estados nacionais, nascidos sob o signo do poder absoluto e da centralização, a sociedade política medieval oferece um exemplo impar de sociedade descentralizada diante da qual não teria sentido uma teoria do estado, no sentido comumente dado a esta expressão.<sup>11</sup>

Elemento indissociável da concepção de Estado moderno, a soberania vincula-se ao poder e, portanto, ao condicionamento de outras vontades por meio da coerção legítima ou mesmo ilegítima. Conforme se observou no início deste trabalho, a igualdade de tratamento entre os partícipes do grupo possui singular contribuição para a aceitação da decisão governamental e, neste ponto do trabalho, para legitimar o próprio modelo de governo.

---

<sup>11</sup> SOUZA, José Pedro. **O totalitarismo nas origens da moderna Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1972. p.26.

À legitimidade do Estado moderno vincula-se o conceito de Estado de Direito. Ademais, da controvérsia acerca da origem da expressão “Estado de Direito”<sup>12</sup>, razão assiste à linha de pensamento no sentido de afirmar que o que caracteriza o Estado de Direito, a partir da Revolução Francesa, é a legitimidade.<sup>13</sup>

O Estado de Direito pode ser classificado em três formas, a saber: o liberal de direito – vinculado ao momento das “Revoluções”; o social de direito – meados do século XIX –, marcado pelo Manifesto Comunista de 1848, pela República Alemã de Weimar, e pela Constituição Mexicana de 1917; e o democrático de direito, aparentemente com início a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Estado Liberal de Direito é aquele implantado pela Revolução Francesa e baseado no princípio da soberania nacional. Nessa etapa histórica é possível identificar claramente uma relação – institucionalizada na Constituição – entre poder e liberdade, até para se assegurar a participação dos indivíduos no grupo. Não por outra razão, diz-se que, sob a ótica liberal, a ideia de uma Constituição é de uma garantia.<sup>14</sup>

Sob essa ótica, as bases legais das disposições que guardam nascituro na igualdade sofreram influência da Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, documento precursor das modernas declarações de direitos fundamentais.<sup>15</sup>

E ao se referir a este importante documento, convém reproduzir a seguir alguns trechos que guardam relação com o assunto ora discutido, a saber:

---

<sup>12</sup> HORTA, José Luiz Borges. **Historia do estado de direito**. São Paulo: Alameda, 2011. p.33.

<sup>13</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. O aparecimento do estado na “fenomenologia do espírito” de Hegel. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, out. de 1976. p.184-ss.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.239.

<sup>15</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.20.

I

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

II

Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis.

III

Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.

Nesta Declaração já se vislumbrava o reflexo das obras de Montesquieu no tocante à separação de poderes; de Rousseau, quando normatiza que o poder emana do povo; e de Locke, ao revelar a preocupação com a liberdade e os direitos naturais e individuais dos seres humanos.

Conforme recente referência promovida em parágrafos anteriores, foi nos movimentos dos séculos XVIII e XIX, com o discurso liberal indo de encontro ao absolutismo, que a igualdade galgou status de fator de controle do poder estatal. As ideias de Montesquieu, Rousseau e Locke são comentadas por Nelson Saldanha ao entender que:

O Estado Liberal, teoricamente nascido do consentimento dos indivíduos, tinha por finalidade fazer valerem os direitos destes. Daí a necessidade de estabelecer os limites do poder, mais as relações entre este poder e aqueles direitos. Ou seja, o Estado existiria para garantir tais direitos. No entendimento liberal ortodoxo, portanto, o Estado deveria ter por núcleo um sistema de garantias, e a primeira garantia seria a própria separação dos poderes. Daí a fundamental e primacial relevância do 'princípio' da separação dos poderes, um tema já legível em Aristóteles, retomado por Locke e reformulado com maior eficácia por Montesquieu. Para fixar, verbal e institucionalmente a divisão do poder, ou, por outra, a separação dos

poderes, o Estado Liberal precisou de um instrumento jurídico, a Constituição, que converteu em Estado constitucional.<sup>16</sup>

A codificação destes direitos, que documentalmente veio a se chamar *Bill of Rights*<sup>17</sup>, estendeu-se a outras constituições, tais como do estado da Pensilvânia (1776)<sup>18</sup> e, posteriormente, na própria Declaração de Independência dos EUA – Estados Unidos da América. Quanto a este último documento, mister citar sua abertura no sentido de que “todos os homens são criaturas iguais, que são dotados pelo seu Criador com certos direitos inalienáveis”, e que “os governos são estabelecidos entre os homens para assegurar esses direitos.”

A influência dos ideais destes documentos está naquele que aparentemente configura o marco crucial do princípio da igualdade, ou seja, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 1º dispõe que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”

Não obstante o nítido intuito de tratar da relação entre particular e Estado, e não da igualdade para com todos os indivíduos, o documento influenciou Cartas que se seguiram na história das Nações, a começar pela própria Constituição Francesa de 1791, valendo aqui reproduzir seu preâmbulo, a saber:

A Assembléia Nacional, desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos. Não há mais nobreza, nem pariatos, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justiças patrimoniais, nem qualquer dos títulos, denominações e prerrogativas que deles derivavam, nem qualquer ordem de cavalaria, de corporações ou condecorações para as quais

---

<sup>16</sup> SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.p.38.

<sup>17</sup> A expressão “Bill of Rights” se refere a “carta” ou “lista de direitos”, surgida no Reino Unido e diz respeito à Declaração de Direitos (proposta de lei, aprovada pelo Parlamento em 1689). Modernamente, a expressão vincula-se a um rol de direitos considerados importantes ou essenciais aum grupo de pessoas.

<sup>18</sup> FRIEDMAN, Laurence M. **A history of american law**. EUA: Simon & Schuster Inc, 2005. p.107/117.

se exigiram provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascença, nem qualquer outra superioridade senão aquela de funcionários públicos no exercício de suas funções. Não há mais venalidades nem hereditariedade para qualquer cargo público. Não existe mais, para qualquer parte da Nação, nem para qualquer indivíduo, privilégio algum, nem exceção ao direito comum de todos os franceses. Não há mais corporações profissionais, de artes e ofícios. A lei não reconhece os votos religiosos, nem qualquer outro compromisso que seja contrário aos direitos naturais, ou à Constituição.

A título de conhecimento, a igualdade consagrada por normas dispositivas, citando-se a acima, trata de igualdade perante a norma em sentido estrito.<sup>19</sup> Quer-se diferenciar aquela igualdade voltada ao aplicador da norma, chamada de igualdade “perante a lei” ou material, e a igualdade na norma, chamada de igualdade “na lei” ou formal.

Nascida com a Revolução Francesa e desenvolvida ao longo dos séculos XVIII e XIX, a igualdade formal consiste no aforismo de “todos são iguais perante a lei”. Almeja submeter todas as pessoas ao império da lei e do Direito, sem discriminação em relação à credos, raças, ideologias e características socioeconômicas.

De influência socialista e desenvolvida a partir da segunda metade do século XIX, a igualdade material se volta à diminuição das desigualdades sociais, traduzindo o aforismo “tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade”, com a finalidade de oferecer proteção jurídica especial às camadas sociais acostumadas, ao longo da história, a figurar em situação de desvantagem, a exemplo dos trabalhadores, consumidores, população de baixa renda, menores e mulheres.

---

<sup>19</sup> Mais adiante será abordado o tema da classificação de norma, princípio e regra. No momento, convém esclarecer que se está a tratar da igualdade como regra ou preceito, quando se fala na chamada ‘igualdade na norma’, ou igualdade formal. Aparentemente, o ponto nevrálgico da questão é descobrir se a norma considerada garante, por si mesma, a igualdade.

Necessário se torna também adentrar ao chamado Estado Social de Direito, cujo contexto histórico diz respeito ao crescimento da própria sociedade daquela época e, neste passo, sua estratificação marcando a migração maciça do campo para as cidades. Fabio Lucas bem sintetiza este momento quando explica que:

O progresso da indústria veio trazer transformações radicais na organização social. Concentração de operários, reivindicações salariais, lutas de mercado, concorrência desleal, desemprego e facilidade de comunicação constituíram fatores poderosos de fermentação de idéias e a agitação política. O mundo se transformava diante dos olhos de todos.<sup>20</sup>

Foram introduzidos valores socializantes no Estado de Direito, modificando-se a forma de relação entre governantes e governados; passou-se a não mais se priorizar a limitação da presença do Estado, mas em trazê-lo para a vida dos administrados. Com o Estado na condição de responsável pela nivelção das desigualdades sociais, abstraiu-se, assim, o conteúdo negativo do princípio da igualdade.

As contribuições da Revolução Industrial – processo histórico de meados do século XVIII e XIX – e da Depressão de 1929 situam-se na confirmação da ineficácia das doutrinas liberais clássicas até então utilizadas pelas autoridades estatais. O chamado Plano *New Deal*<sup>21</sup> é o melhor exemplo da mudança na idealização da atuação governamental.

Surge, então, o Estado Intervencionista, o qual impõe a incorporação de direitos sociais e econômicos no que ficou conhecido como “constitucionalismo

---

<sup>20</sup> LUCAS, Fabio. **Conteúdo social nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Faculdade de Ciências Econômicas da UMG, 1959. p.19.

<sup>21</sup> O *New Deal* ("novo acordo" ou "novo trato") foi o nome dado às medidas implementadas nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, visando combater os efeitos da depressão econômica que teve início em 1929 e persistiu até a Segunda Guerra Mundial ( "Crise de 1929").



social”. O Estado se volta a garantir a igualdade entre os partícipes, concretizando os chamados direitos sociais.

José Afonso da Silva contextualiza este momento da seguinte forma:

Podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direito que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conxionam com o direito de igualdade.<sup>22</sup>

Mais contemporaneamente, após as duas guerras mundiais, ocorreu uma divisão pelo colonialismo ideológico entre duas superpotências do período – EUA e antiga URSS – conhecido como “Guerra Fria”. Houve, também, a imersão em fenômenos como a globalização, o que culminou no questionamento da própria soberania ante a imposição da transnacionalização dos mercados.

Criou-se o mito do Estado caro, o horror ao funcionalismo público e, no campo jurídico, os princípios passam a ter primazia na hermenêutica do constitucionalismo democrático. É de se entender que a atual relação entre Estado e administrados considera não apenas um Estado de Direito que garanta direitos privados, mas, ainda, direitos públicos. Para Paulo Bonavides, “na doutrina do Liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo.” Não obstante, entende que “o poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.”<sup>23</sup>

Há que se entender que todo o processo de evolução do direito constitucional moderno prima pelo estudo da igualdade e seus consectários axiológicos: uma

---

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.518.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p.27.

formulação precisa de seu alcance, sua aplicação e seus reflexos nos institutos correlatos.

Implementar a igualdade é medida reclamada pela própria evolução da sociedade, eis que combate a desigualdade e promove a inclusão social. Além disso, no âmbito jurídico, como se demonstrará mais a frente nesta pesquisa, o princípio é de importância única ao ordenamento normativo.

Assim, sob o aspecto evolutivo histórico, a doutrina sobre a igualdade consagra a ideia de que este princípio deve gerar direitos subjetivos aos indivíduos do grupo, razão pela qual seu tratamento guarda estreita relação com a necessidade de previsão constitucional.<sup>24</sup>

A vinculação entre igualdade e a própria existência de Estado Democrático de Direito é comentada por Flávia Piovesan:

A implementação do direito à igualdade é tarefa essencial a qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa igualdade – a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares.<sup>25</sup>

No entanto, cabe destaque para o fato de que a igualdade é uma ideia que não determina a existência de qualquer tipo de Estado. Como já abordado, a evolução histórica da igualdade culminou num Estado intervencionista, que possui em sua Constituição a expressão máxima da garantia de participação de seus indivíduos na decisão coletiva.

É de se inferir que o intuito desta modalidade de relação entre Estado e governados possui como objetivo a própria democracia. Assim, o vínculo entre

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.153: para este doutrinador, cuja opinião é compartilhada pelo autor desta pesquisa, “é através dos princípios que a Constituição sintetiza os valores mais relevantes da ordem jurídica.”

<sup>25</sup> *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 1999. p.248.

igualdade e democracia é inafastável, conforme explanação de Flávia Piovesan, Luciana Piovesan e Priscila Keis Ato ao afirmarem que:

Se a democracia se confunde com a igualdade, a implementação do direito à igualdade, por sua vez, impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o desafio de promover a igualdade. Para a implementação do direito à igualdade é decisivo que se intensifiquem e se aprimorem ações em prol do alcance dessas duas metas que, por serem indissociáveis, não de ser desenvolvidas de forma conjugada.<sup>26</sup>

Também não se deve desconsiderar o posicionamento de Shumpeter e Dows, ao lecionarem que a chamada democracia deliberativa surgiu nas duas últimas décadas do século XX como a alternativa às teorias sobre democracia então predominantes, as quais a reduziam na condição de um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha das elites governantes.<sup>27</sup>

Conforme detectado nesta breve explanação histórica, a necessidade de participação social dos indivíduos não se exaure na mera possibilidade de eleição de seus representantes, mesmo porque são inúmeros os exemplos históricos nos quais a massa popular foi manipulada em sua prerrogativa de escolhê-los.

Nesse sentido, oportunas se tornam as lavras de Alain quando afirma o autor que:

O sufrágio universal não define a democracia. Se o papa, infalível e irresponsável, fosse eleito pelo sufrágio universal, a igreja não seria, por isso, democrática. Um tirano pode ser eleito pelo sufrágio universal e não ser menos tirano por este fato. O que importa não é a origem dos poderes, mas o controle contínuo e eficaz que os governados exercem sobre os governantes.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; KEIS ATO, Priscila. Implementação do direito à igualdade. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1997. p.139-145.

<sup>27</sup> *Apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.43.

<sup>28</sup> *Apud* POLETTI, Ronaldo. **Da Constituição à constituinte**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.50.

Convém ter em mente que a igualdade é vinculada ao próprio tratamento dispensado entre os administrativos e para estes. Na visão de Celso Antonio Bandeira de Mello, a desigualdade se torna possível quando:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.<sup>29</sup>

Portanto, a igualdade clama por um Estado intervencionista objetivando assegurar a maior participação dos administrados nas decisões governamentais, o que não se exaure no sufrágio universal.

Promovidas as devidas considerações a respeito do tipo de Estado necessário à garantia da igualdade na conformidade da ideia resultante da evolução acima destacada, cabe agora destaque à obrigatoriedade da existência de que este tema venha a ser tratado num tipo específico de Constituição.

A necessidade de constitucionalizar direitos tidos por fundamentais, o que parece ser o caso da igualdade<sup>30</sup>, foi tema da própria Revolução Francesa que, no artigo 16 de sua Declaração, veio a determinar que “qualquer sociedade em que não esteja a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.”

Infere-se, daí, que a formalização num documento, cuja modificação detém certos procedimentos mais dificultosos que aqueles dirigidos às demais normas do ordenamento jurídico, guarda relação com a importância de suas disposições.

---

<sup>29</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21.

<sup>30</sup> Esta afirmação será abordada de forma mais consubstanciada no capítulo seguinte.

Dentre as várias acepções sobre “Constituição”<sup>31</sup>, interesse maior nesta pesquisa é reservado à Constituição formal, concepção advinda da existência de um documento escrito e solene, destacada como um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais, cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas.<sup>32</sup>

No entanto, em se tratando do tema igualdade, a Constituição também apresenta necessidade de outra qualidade, vinculada à classificação que trata da amplitude de suas disposições: pragmática ou dirigente e estatutária ou orgânica.

Tomando emprestada determinada classificação doutrinária, pode-se entender a Constituição estatutária ou orgânica como aquela alicerçada nos direitos individuais, fundados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na Revolução Francesa e na Constituição Americana, enquanto a pragmática ou dirigente é aquela que dispõe também quanto aos direitos sociais e aos interesses difusos da sociedade.<sup>33</sup>

Mais precisamente no que diz respeito à Constituição dirigente, salutar se torna buscar subsídios em Marcelo Novelino para entender que “a Constituição programática (diretiva ou dirigente) se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos”, destacando ainda o mesmo autor que “as constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma *constituição total*.”<sup>34</sup>

No mesmo sentido é possível encontrar amparo em Flávia Cristina Piovesan, entendendo esta doutrinadora que:

---

<sup>31</sup> Mais subsídios sobre este tema podem ser obtidos em LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Método, 2007. p.53.

<sup>32</sup> Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.182.

<sup>33</sup> GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.66-67.

<sup>34</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2009. p.113.

Da Constituição de 1988 emerge uma ordem jurídica própria dos Estados intervencionistas, cuja dinâmica está condicionada à eficiência e competência na obtenção de resultados, que se subordinam à concretização de políticas públicas. Concebe-se a Constituição de 1988 a serviço da democratização do Estado e da sociedade, como uma ordem fundamental e um programa de ação através do qual a sociedade se constitui em unidade socioeconômica e política.<sup>35</sup>

Exemplo de comando dirigente típico encontra-se alicerçado no artigo 37, *caput*, da Carta da República, adiante consignado: “Art.37- A administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].”

A importância de se trabalhar com uma Constituição dirigente num Estado intervencionista parece residir na própria ideia de prescrição de direitos sociais e difusos, eis que possuem demandas que clamam pela elaboração e realização de políticas públicas, objeto central de estudo neste trabalho.

Novamente se torna conveniente consultar a doutrina de Eros Roberto Grau<sup>36</sup> para apreender que, no campo da Constituição programática, o direito assume uma nova tarefa: enquanto mecanismo tendente à regulação de conflitos demarca as áreas da liberdade individual e do interesse coletivo, buscando um ponto de equilíbrio entre estes dois valores. É assim, quando atua como instrumento de implementação de políticas públicas.

Consequentemente, cabe lançar luz sobre o tipo de norma constitucional que se necessita nesta Constituição dirigente num Estado Democrático de Direito que priorize a participação igualitária de seus integrantes por intermédio do deferimento de determinadas prerrogativas constitucionais.

---

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.42-43.

<sup>36</sup> *Apud* PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, 2003. p.67.

Não obstante, das várias acepções acerca das normas constitucionais<sup>37</sup>, destaca-se a classificação de Robert Alexy, no sentido de que:

As Constituições democráticas modernas compreendem duas classes ou categorias de normas. A primeira categoria contém normas que constituem e organizam as atividades de legislação, de prestação jurisdicional e de administração. O tema central dessas normas é a atribuição de poder, de competências (empowerment). O segundo tipo abarca normas que obrigam (constrain) e dirigem o poder público. As normas que conferem direitos constitucionais são aqui as mais proeminentes. Essa dicotomia parece ser universalmente válida, pelo menos no universo das Constituições democráticas.<sup>38</sup>

Dentre as normas que conferem direitos constitucionais – o segundo tipo de normas constitucionais mencionadas pelo autor retro citado –, interessa a esta pesquisa aquelas que conferem prerrogativas de participação na decisão governamental e, assim, cuidam da efetivação da igualdade dentre os partícipes do grupo.

Primeiramente, sobre efetivação, nas palavras de Luis Roberto Barroso, entende-se que “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.” Para tal doutrinador “ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.”<sup>39</sup>

A efetividade, característica peculiar de tais normas constitucionais, não se confunde com a eficácia, sendo esta última considerada critério de classificação. Ao colacionar o magistério de Michel Temer<sup>40</sup>, entende-se que “eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular

---

<sup>37</sup> Novamente, e diante da didática com que trata o assunto, remete-se a LENZA, Pedro. *op. cit.* p.135.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Minas Gerais: **Ratio Jurídica**, vol. 16, nº2, 2003. p. 131.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.79.

<sup>40</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.23.

determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos.” Some-se a isso que a “eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas”, além do que, segundo tal doutrinador, “já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.”

Conforme restará demonstrado no decorrer deste trabalho, além de visar à efetivação da igualdade, as normas constitucionais que dispõe acerca de políticas públicas necessitam de uma integração para sua eficácia. No entanto, não se admite a contenção de sua abrangência, até porque se está a tratar da própria igualdade.

Aparentemente, neste breve raciocínio, as normas constitucionais que cuidam da igualdade se traduzem em verdadeiras disposições programáticas, com alto teor de vinculação aos direitos sociais. Daí a utilidade dos ensinamentos de Paulo Bonavides no sentido de que:

O recurso às normas programáticas, tendo em vista reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, conforme só aconteceu no constitucionalismo social do século XX, deslocou por inteiro o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paradoxismos da Constituição de Weimar, onde se fez, por via programática, a primeira grande abertura para os direitos sociais.<sup>41</sup>

Exemplifica-se a questão com a disposição contida no artigo 37, inciso VII, da atual Constituição Federal, quando dispõe que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Portanto, dentre as normas constitucionais que conferem prerrogativas de participação nas decisões governamentais, nota-se o cuidado com aquelas cuja

---

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.210.



importância reside em delinear princípios diretivos e comandos gerais para a Administração Pública, podendo os indivíduos reivindicar a efetivação destes fins, em especial o da igualdade.

A importância da existência de tais normas constitucionais para a participação dos administrados nas decisões governamentais é destacada por José Afonso da Silva, quando o autor leciona que:

As normas programáticas, introduzidas na constituição como resultado do conflito de interesses, importam, ao menos, numa tentativa de superação da democracia formal, e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum.<sup>42</sup>

Interessante explicar que este mesmo autor refletiu acerca da efetividade das normas programáticas, concluindo, por ocasião da terceira edição da obra citada, que “o fato de dependerem de providências institucionais não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida como imposição constitucional aos órgãos públicos.”<sup>43</sup>

No mais, o mesmo doutrinador ainda conclui que:

[...] as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:  
I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;  
II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;  
III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;  
V – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;  
VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.156.

<sup>43</sup> *Ibidem*. p.155.

<sup>44</sup> *Ibidem*. p.164.

Portanto, como efeito das normas programáticas tem-se a necessidade de atuação do Poder Público no combate à desigualdade social, cabendo aqui um alerta para o fato de que o controle processual das omissões do Poder Público será tratado no tópico voltado especificamente às políticas públicas, sendo certo que, logo após, de forma mais específica, receberão tratamento tais omissões quanto aos mecanismos em voga: omissões legislativas ou providências administrativas.

## **1.2 O âmbito normativo da igualdade**

Após a abordagem acerca da carga valorativa do instituto da igualdade e de seus reflexos, o presente subitem analisa o assunto em seu âmbito normativo, especialmente quando assume o papel de fundamento das políticas públicas de combate à desigualdade, buscando delimitar sua projeção nos conflitos com outras disposições e suas hipóteses de aplicação.

A necessidade do presente estudo situa-se no paradoxo existente entre o aparente grau de indeterminação das normas de direitos fundamentais – situação da igualdade enquanto fundamento de políticas públicas afirmativas – e o máximo grau de importância do conteúdo do objeto de sua regulamentação.

Sob essa ótica, parte-se da premissa de que a Constituição Federal de 1988 consagrou direitos constitucionais e, dentre estes, direitos constitucionais fundamentais. Convém lembrar que existem normas de direitos fundamentais fora da Constituição Federal, conforme previsão no § 2º do artigo desta Norma, ao prever que “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Cabe esclarecer inicialmente que se perfilha da opinião de que há necessidade de que os direitos constitucionais fundamentais estejam expressos, pois não soa lógica a existência de um direito mediante a ausência de uma disposição escrita no qual se baseie. Infere-se, ainda, na ideia de que um direito constitucional fundamental prescinde da prescrição de deveres de abstenção, de prestação e de proteção. Por tal razão, cabe o alerta de que sempre que alguém possua um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito.<sup>45</sup>

Nesse sentido, não parece significativa a distinção entre direitos constitucionais fundamentais formais – aqueles consagrados como tais na Constituição Federal – e direitos constitucionais fundamentais materiais, cujo conteúdo assim os classificaria, ainda que ausentes do texto constitucional. Isso porque se admite a existência – e a identificação – dos direitos constitucionais fundamentais conjugando unicamente o seu conteúdo essencialmente fundamental.

Portanto, há que se partir da premissa de que os direitos fundamentais constitucionais são escritos e determinados pelo seu valor. No entanto, interessa ao autor desta pesquisa fixar o conteúdo e o alcance da igualdade enquanto fundamento de políticas públicas afirmativas, providência que guarda vínculo com a solução de eventual conflito com outras disposições na sua aplicação, especialmente no campo da tutela jurisdicional.

Convém ainda chamar a atenção para a distinção entre norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental. Na esteira de determinada corrente doutrinária, as disposições seriam o objeto da interpretação, enquanto que as normas seriam o resultado desta atividade. Assim, mediante a interpretação da

---

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democrático. In: CABONELL, Miguel (Coord.). **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005. p.47.

disposição de direito fundamental se origina a norma de direito fundamental, a qual poderá apresentar a qualidade de regra ou de princípio.<sup>46</sup>

Embora o estudo das normas de direitos fundamentais possa levar à conclusão de que se diferenciam as disposições e normas<sup>47</sup>, especificamente quanto a este tema, interessa a diferenciação entre as espécies “princípio” e “regra”, tomando a expressão “norma” como gênero destas duas.

A importância desta distinção é enfatizada doutrinariamente quando da afirmação de que os métodos de interpretação dos direitos fundamentais estão vinculados ao significado e natureza das disposições que os formulam.<sup>48</sup>

Tratar-se-á, portanto, da distinção<sup>49</sup> entre tais expressões, esclarecendo-se antecipadamente que a presente análise não possui a ousadia de esgotar o tema, mesmo porque será utilizada, de forma conjunta, apenas uma análise histórico-evolutiva das principais teorias sobre as três expressões.

Para tanto, parte-se primeiramente da teoria jusnaturalista, que reconhece um direito natural e cujos primeiros registros de princípios remontam ao pensamento clássico – grego e romano –, sendo observado entre sofistas, estoicos, escolásticos, pensadores eclesiásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX.<sup>50</sup>

Tal teoria buscava postulados de justiça, os quais se sobreporiam a qualquer direito positivado, verdadeiras acepções valorativas, princípios considerados absolutos, superiores e imutáveis. Nesta fase, os princípios não tinham caráter normativo, mas serviam de paradigma para avaliar a norma de direito positivo.

---

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *op. cit.*, 2005. p.63.

<sup>47</sup> Para um estudo mais apurado quanto à distinção entre disposição de direito fundamental e norma de direito fundamental, remete-se novamente à obra da nota de rodapé anterior.

<sup>48</sup> LUÑO, Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2003. p.286.

<sup>49</sup> Destaque-se que será abordada a posição que entenda não existir uma diferenciação rígida entre tais institutos. Para os interessados, remete-se, por todos, a HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>50</sup> NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.91-95.

Após, tem-se a fase do positivismo, doutrina criada por Augusto Comte e que representara uma tentativa de colocar o Direito e a norma num mesmo patamar. Para os devidos esclarecimentos, nada mais eficaz que se amparar em Norberto Bobbio para entender que “o positivismo nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características físico-matemáticas, naturais e sociais.” Além disso, segundo o mesmo autor, “a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.”<sup>51</sup>

Passou-se a prestigiar os postulados estabelecidos previamente pela autoridade estatal, sendo o Estado a única fonte do Direito e a lei a sua única expressão. Sob essa ótica, os “princípios” seriam aquelas normas que dariam fundamentação ao Direito, conforme novamente leciona o autor retro citado no sentido de que “os princípios gerais são apenas [...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas.”<sup>52</sup>

No entanto, com o decorrer do tempo a sociedade passou a necessitar de soluções de casos concretos que envolviam direitos sociais, as quais, muitas vezes, não encontrariam alcance – ao menos não na aplicação mecânica de preceitos, como era feito até então – nos postulados. Seria necessário, assim, extrair destes o real sentido e alcance. Inicia-se a fase pós-positivista.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p.135.

<sup>52</sup> *Ibidem*. p.158.

<sup>53</sup> Não se adentrará na discussão acerca da mais correta denominação semântica desta fase, eis que alguns doutrinadores usam outros vocábulos para nominar esta fase, tais como “pós-positivismo

Surge a chamada Nova Hermenêutica Constitucional, descrita por Ythalo Frota Loureiro da seguinte forma:

A nova hermenêutica constitucional foi desenvolvida com o objetivo de satisfazer as matizes jurídicas dos princípios constitucionais, uma vez que os métodos clássicos da hermenêutica jurídica se mostraram insuficientes para compreender o alcance e aplicação dos princípios constitucionais. A nova hermenêutica teve contribuições fundamentais da hermenêutica filosófica existencial que influenciou a visão do Direito como fenômeno da ontologia fundamental, ou seja, a existência do fenômeno jurídico em sua esfera autêntica [...].<sup>54</sup>

Já Paulo Bonavides resume referida etapa histórica da normatização dos princípios no sentido de que:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.<sup>55</sup>

Os princípios logram maior relevância a partir do momento em que lhes são atribuídos força normativa, pois referem-se a preceitos que deveriam intervir nas demais normas inferiores para delas obter o real sentido e alcance. Nesse sentido, Josef Esser explica que “um principio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma

---

jurídico” ou “neoconstitucionalismo’. Recomenda-se, para um estudo mais aprofundado, consultar NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodium, 2008. p.84-85.

<sup>54</sup> LOUREIRO, Ythalo Frota. Princípios da hierarquia e da disciplina aplicados às instituições militares: uma abordagem hermenêutica. **Jus Navigandi**. Teresina, 20 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 294.

norma jurídica em sentido técnico, porquanto não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões.” E vai mais além ao afirmar que “os princípios jurídicos são conteúdo em oposição à forma.”<sup>56</sup>

Para o autor alemão, princípios seriam tópicos advindos da aplicação discricionária da jurisprudência ao caso concreto. Como o conteúdo seria mais importante que a própria forma, admitia-se os princípios não expressos. A importância desta ideia de princípios reside na sua diferenciação quanto ao vocábulo “norma”, realçando a aplicação do direito ao caso concreto, oportunidade na qual se diferenciaria norma e princípio, na opinião do citado autor.

A ideia é complementada por Claus Wilhelm Canaris quando o autor leciona que “os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização através de sub-princípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio.” Ainda entende que, “de fato, eles não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou normatizados.”<sup>57</sup>

Portanto, os dois autores enfatizam a relevância dos princípios na solução do caso concreto, encerrando uma real preocupação com a justeza da decisão, aproximando direito e moral.

Já, a concepção de Roscoe Pound, ao contestar o sistema anglo-americano de regras, conhecido por jurisprudência analítica, buscava um direito mais pragmático, dinâmico, vindo a ser o responsável por traçar os precedentes à teoria de Dworkin. Para o doutrinador:

---

<sup>56</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961. p.40.

<sup>57</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.96.

O princípio é um ponto de partida autorizado para o raciocínio jurídico. Os princípios representam o trabalho de juristas, organizando a experiência judicial pela diferenciação dos casos, formulando um motivo como base para a diferença e comparando a experiência longamente desenvolvida de decisões em algum campo, reportando alguns casos a um ponto geral de partida para raciocínio e outros a outro ponto de partida semelhante, ou descobrindo um ponto de partida mais compreensivo para o campo inteiro.<sup>58</sup>

A concepção de Direito não se esgota em regras, na opinião de Roscoe Pound, agindo o aplicador do direito em complemento ao legislador, quando este se mostra insuficiente na busca pela solução mais justa do caso concreto.

A contestação ao positivismo defendido por Roscoe Pound é ressaltada por Robert Dworkin na obra *The model of rules*<sup>59</sup>, ao ensinar que “dados os fatos que uma regra estipula, ou ela é válida, e neste caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”<sup>60</sup>

Exemplificando: se uma regra determina que o contrato válido seja aquele subscrito por três testemunhas, logo, todos os contratos que não possuem tal requisito são inválidos.

No entanto, a regra pode trazer exceções ou entrar em conflito com outra regra. As exceções são admitidas na regra do “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing fashion*), mas estas precisam ser exaustivamente enumeradas. Quanto ao conflito entre duas regras, a doutrina conclui que uma delas não pode ser válida, recorrendo o aplicador hierarquicamente a considerações como a procedência da regra promulgada pela autoridade superior, a mais recente ou a mais específica.<sup>61</sup>

Retomando a discussão sobre os princípios, tem-se que o uso destes como verdadeiros balizadores de normas jurídicas, conduzindo a aplicação em

---

<sup>58</sup> POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. São Paulo: Ibrasa, 1976. p.60.

<sup>59</sup> Tradução: “O modelo de Regras”, publicado em 1967, e incluído na obra *Taking Rights Seriously*, que, traduzida, significa “Levando os direitos a sério”.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.25.

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2002. p. 39.



determinada direção, é explicado por Ronald Dworkin ao ressaltar que “os princípios, ademais, informam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio que, no caso específico, se considera importante.”<sup>62</sup>

Ao conflito dos princípios restaria o afastamento de um deles pelo aplicador do direito que mensura a força relativa de cada um, eis que tais instrumentos jurídicos guardam dimensão de peso ou importância.<sup>63</sup>

No entanto, a concepção do conflito entre regras de Ronald Dworkin é revista por Robert Alexy, que situa a diferença na forma dos conflitos entre regras e princípios para a distinção entre os dois institutos. Este último autor identifica “princípios” como “mandados de otimização”, ou melhor, normas jurídicas que dizem que a ser realizado na maior medida possível, possuindo, no entanto, alto grau de abstração e generalidade. Vai mais além ao explicar que:

[...] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.<sup>64</sup>

Já, a concepção de “regras” para este mesmo autor aproxima-as da teoria de Ronald Dworkin, haja vista que as estas são normas que podem ser cumpridas – ou não –, ou seja, se uma regra é válida, então está ordenado a fazer exatamente o que ela exige.<sup>65</sup> No entanto, discordando de Ronald Dworkin, as regras permitiriam a

<sup>62</sup> *Ibidem*, p.35-46.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p.25.

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.86: para este autor, “[...] principios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Para tanto, os princípios são mandados de otimização que estão caracterizados pelo feito de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida certa de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” (tradução livre)

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. *op. cit.*, 1993. p.86.

inclusão de exceções, as quais não seriam exaustivamente previstas e permanecendo com o caráter de definitividade apenas *prima facie*.<sup>66</sup>

Ainda na visão de Robert Alexy, no tocante ao conflito de regras declarar-se-ia a invalidez ou a introdução de uma exceção em uma das regras em conflito. Já, no caso de princípios, considera-se o contexto fático e jurídico, decidindo-se pela prevalência de um deles e estabelecendo uma relação de precedência condicionada.<sup>67</sup>

Ao se promover um salto temporal rumo à contemporaneidade é possível buscar força basilar em Humberto Ávila, que vem a romper com a doutrina que biparte a norma em regra e princípio, como até então era usualmente feito, trazendo uma terceira categoria: os postulados. Para este autor:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objetos da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação das outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são dirigidos primariamente ao poder público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e ao aplicador do direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com as outras normas.<sup>68</sup>

Complementando a distinção, o mesmo autor<sup>69</sup> ainda adverte que “o decisivo para uma norma ser qualificada como princípio não é ser construída a partir de um dispositivo exteriorizado por uma hipótese normativa pretensamente determinada.” Entende que, de um lado, “qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir

---

<sup>66</sup> *Ibidem*. p.100.

<sup>67</sup> *Ibidem*. p.92.

<sup>68</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2009. p.124.

<sup>69</sup> ÁVILA, Humberto. *op. cit.* p.43.

uma hipótese de incidência seguida de uma conseqüência", enquanto, de outro, "em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma conseqüência, há referência a fins." E finaliza no sentido de que, "enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética."

Diante de tais exposições é possível concluir que os princípios e as regras se diferenciariam pela rigidez na aplicação, ou seja, as regras somente poderiam ser aplicadas de forma absoluta e sem qualquer possibilidade de flexibilização; em razão disso, o conflito entre elas somente se resolveria pela exclusão de uma delas do ordenamento ou pela inclusão de uma exceção, enquanto os princípios admitiriam formas de aplicação mais brandas; seriam passíveis de flexibilização – e até mitigação –, razão pela qual o conflito entre princípios se resolveria pela ponderação.

Ainda se pode extrair desta breve explanação histórico-evolutiva que a atividade interpretativa exercida pelo aplicador, seja ela de um princípio ou de uma regra, envolverá sempre uma atividade de ponderação de valores. Interessa, neste particular, aquela ponderação que conflita a "igualdade" como princípio, análise esta reservada nesta pesquisa à oportunidade em que se tratará da tutela jurisdicional nos casos que envolveriam as políticas públicas.

Dissociando-se dos autores acima, que há quem entenda força normativa nos princípios, como o jurista Norberto Bobbio, quando identifica os princípios como normas gerais ou generalíssimas de um sistema.<sup>70</sup>

Também não se pode desconsiderar o conceito apresentado por José de Oliveira Ascensão, para quem:

---

<sup>70</sup> In: GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito:** ensaio sobre o modo de sua aplicação. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

Os princípios do direito são, pois, antes de mais, princípios ou grandes orientações da ordem positiva, que a percorrem e vivificam, e que têm assim a potencialidade de conduzir a novas soluções. Porque a ordem jurídica não é um amontoado casual de elementos; é iluminada por grandes orientações que lhe dão o travejamento básico e que, dissemos, como componentes da lei, merecem o mesmo respeito e obrigatoriedade da própria lei. Assim, o princípio da boa-fé, o princípio da conservação dos negócios jurídicos e tantos outros que têm sido elaborados. Estes princípios não são normas, são princípios de caráter formal.<sup>71</sup>

De fato, adotando-se o critério da generalidade e da abstração, verifica-se que a igualdade pode ser qualificada como princípio, posto que regula todas as situações de participação entre os partícipes do grupo e informa toda a configuração do Estado brasileiro.

Portanto, a igualdade será tratada nesta pesquisa como princípio, demonstrando-se sua elevada posição no ordenamento constitucional com um tipo específico e, mais complexo, de análise jurídica de sua aplicação nos conflitos com outros postulados.

A análise do rol de normas que dispõem acerca de políticas públicas afirmativas mostrará que se tratam, em verdade, de regras constitucionais que servem na aplicação do princípio da igualdade, promovendo a preservação da participação dos integrantes do grupo.

Convém advertir que existem várias classificações<sup>72</sup> no tocante à igualdade, tais como a igualdade numérica ou absoluta – distribuir-se-ia os recursos disponíveis a todos e em partes iguais –, a igualdade proporcional, a igualdade pelas partes iguais ou proporcional-qualitativa, a igualdade proporcional pelo mérito, etc. No entanto, interessa ao presente trabalho aquela já abordada divisão em igualdade formal e material.

---

<sup>71</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p.371.

<sup>72</sup> Recomenda-se, para mais informações acerca de tais classificações, consultar GRAMSTRUP, Erik. **O princípio da igualdade**. Disponível em <<http://www.hottopos.com>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

Não configura redundância retomar que, no tocante à igualdade material, existem as chamadas liberdades materiais, que têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.

Tais noções se confrontam com a evolução histórica das ideias que circunscreveram o tema. Nas palavras de Joaquim Barbosa Gomes:

Com efeito, a sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: neutralidade em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abastencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo. Esta era, como já dito, a visão liberal derivada das idéias iluministas que conduziram às revoluções políticas do século XVIII. Mas essa suposta neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inúmeras disposições normativas constitucionais e legais, muitas delas instituídas com o objetivo explícito de fazer cessar o *status* de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou.<sup>73</sup>

Apenas a título conclusivo desta parte do trabalho, convém explicar que se tratou do fundamento das políticas públicas afirmativas, distinguindo-se estes dois institutos – princípio e política –, conforme o faz Ronald Dworkin ao afirmar que

---

<sup>73</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. São Paulo: Renovar, 2001. p.4.

“princípios são proposições que descrevem direitos; políticas (*policies*) são proposições que descrevem objetivos.”<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> *Apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**. Maria Paula Bucci (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006. p.25.

## 2 SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Diante da constatação de que o principal agrupamento humano se traduz na figura do Estado, cumpre esclarecer que, dentre suas atividades peculiares encontram-se aquelas caracterizadas por definir a própria atuação governamental.

As decisões governamentais denotam o poder da autoridade eleita para selecionar a opinião mais conveniente ao referido conjunto de agentes sociais, sendo certo que a relação estabelecida entre Estado e administrados diz respeito a uma verdadeira cooperação de forças com a finalidade de alcançar o bem comum.

Sobre a definição do termo “poder”, Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que:

No *sentido antropológico*, o poder é visto como um diferencial de capacidade entre os seres humanos, que habilita a vontade qualificada a produzir efeitos que não ocorreriam espontaneamente. No *sentido sociológico*, o poder é considerado a energia social que se transfunde na instituição para articular a vida coletiva. No *sentido político*, o poder aparece como o elemento essencial da relação comando-obediência, como energia inter-relacional que move os indivíduos e as coletividades para a realização de suas respectivas finalidades: individuais, grupais, nacionais e metanacionais.<sup>75</sup>

Outra constatação de fácil absorção é a de que o Estado deve se valer da seara jurídica para circunscrever os objetivos a serem alcançados na busca do aprimoramento da vida em comum, inscrevendo-os em normas jurídicas.

Historicamente, apenas no estágio intervencionista do Estado foi que o tema referente às políticas públicas ganhou importância de estudo apartado das demais funções estatais, especialmente na seara jurídica, haja vista a necessidade de se pautar na construção e reorientação da sociedade.

Tais decisões não se restringem a uma área específica do agrupamento humano; são significativamente perceptíveis nos setores onde há maior interação

---

<sup>75</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.5.

entre os administrados, tais como, por exemplo, a indústria, a área agrícola, o setor monetário, a assistência social e institucional, entres outros.

Etimologicamente, serão tomadas como sinônimos as expressões “decisões governamentais”, “políticas de Estado” e “políticas de governo”, consignando-se antecipadamente que existem autores a enxergar uma distinção peculiar entre estes dois últimos vocábulos. Sobre tal assunto, interessante consultar Maria Paula Dallari Bucci para entender que “há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas ‘políticas de Estado’ –, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas ‘políticas de governo’.” Explica ainda a mesma autora que “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”<sup>76</sup>

Cabe também sobre o tema pesquisar Eros Roberto Grau para apreender que “o contínuo crescimento do estado-ordenamento e do estado-aparato induz o surgimento de normas que não definem nem conduta nem organização, mas resultados concretos que devem ser alcançados por seus destinatários.”<sup>77</sup>

Some-se a isso a concepção de políticas públicas na condição de conjunto de ações e programas continuados no tempo, e que afetam simultaneamente várias dimensões das condições básicas de vida da população, organizados uma determinada área de implantação.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *op. cit.* p.19/239.

<sup>77</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.130.

<sup>78</sup> DRAIBE, Sônia Miriam. A construção institucional da política brasileira de combate à pobreza: perfis, processos e agenda. **Cadernos de Pesquisa**. Campinas, SP: NEPP/UNICAMP, 1998. p.28.



Destaque-se, finalmente, a identificação de política como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.<sup>79</sup>

Para melhor compreensão do assunto, buscou-se construir uma ideia de política pública que possibilite visualizar as fases de sua existência, dos pressupostos aos seus requisitos e, após, sua execução, partindo-se do norte de que políticas públicas são ações de fundamento político que a autoridade estatal competente realiza por meio de atos normativos ou administrativos, com o intuito de assegurar o bem comum.

Ao se cuidar dos seus pressupostos ou fases desenvolvidas no interior do Estado, tem-se: a motivação, a ponderação de interesses, a decisão estatal e a alteração institucional.

A motivação da existência de tais decisões governamentais situa-se no que A. Saddy veio a chamar de “ideologia do serviço público”, o que se encontra na própria essência do direito administrativo. Para esta corrente doutrinária, referida ideologia está:

[...] arraigada no convencimento de que há certas atividades que possuem um forte conteúdo de interesse geral num contexto de solidariedade social, obrigando a seu desenvolvimento que seja objeto de especial atenção por parte dos poderes públicos aos efeitos de assegurar sua prestação a todos os cidadãos em determinadas condições.<sup>80</sup>

Portanto, a política pública teria como motivação a presunção de que o instituto se volta ao interesse geral de determinada coletividade, o que retiraria esta natureza dos atos voltados a indivíduos específicos. Como exemplo, aparentemente a anistia a determinado indivíduo não seria uma política pública, mas seria possível

---

<sup>79</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo da constitucionalidade das políticas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (Org.). **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.45.

<sup>80</sup> SADDY, A. Fases evolutivas e cronologicamente distintas das formas de intervenção do Estado na economia. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, dez. 2009. p.71.

encontrar esta natureza naquele perdão voltado a todos os indivíduos com determinadas características comuns na coletividade.

Quanto à ponderação, oportuno citar que mesmo as mais simples decisões administrativas, ainda que não sejam revestidas de natureza de políticas públicas, cotejam valores presentes no contexto social. Alguns autores empregam nesse contexto a expressão “ativismo administrativo”. Entre eles está Paulo Otero, para quem:

Perante um cenário de radical transformação do conteúdo, do sentido e do valor das leis perante a Administração Pública, registra-se um genérico chamamento dos órgãos administrativos ao desempenho de grande ativismo na aplicação da lei: não se trata agora apenas de interpretar e de, eventualmente, integrar a lacuna das normas e aplicar ao caso concreto. O sentido da intervenção dos órgãos administrativos compreende também a resolução de conflitos entre interesses, valores e princípios contraditórios plasmados nas leis, a densificação de uma normatividade legislativa vaga e imprecisa ou até a própria definição das normas legais que irão servir de fundamento jurídico no exercício da atividade administrativa. [...] Em suma, a concretização dos equilíbrios ponderativos entre princípios e bens tutelados. [...].<sup>81</sup>

Esta valoração está presente nas políticas públicas, levando a uma ponderação<sup>82</sup> da autoridade responsável por implementar a medida necessária ao contexto social específico. Diante da notoriedade de que toda decisão humana racional parte de uma ponderação de opções, deve-se aqui mencionar que apenas o responsável pela decisão governamental pode fazer uso da ponderação neste caso. Novamente estão presentes as figuras do poder e da autoridade.

A questão da ponderação assume importância crucial, eis que determinará qual a decisão governamental mais adequada àquela circunstância considerada.

---

<sup>81</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Lisboa: Almedina, 2011. p.762.

<sup>82</sup> [s.a]. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p.2257: de acordo com esta obra, ponderação significa “atribuir pesos a diversas grandezas para calcular a média ponderada; examinar com atenção e minúcia; avaliar; apreciar; levar em consideração; ter atenção sobre; sopesar.”

Especificamente, interessa neste trabalho a ponderação a ser exercida naqueles casos em que há necessidade de se combater a desigualdade social.

Pela importância deste pressuposto, convém buscar a conceituação de “ponderação” – também chamada pela doutrina norte-americana de *balancing* – na visão de Ana Paula Barcelos, para quem “ponderação [...] será entendida neste estudo como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”<sup>83</sup>

Após, adentra-se na questão referente à decisão estatal, destacando-se que, historicamente, a administração da convivência em grupo coube a uma fração de indivíduos denominados agentes públicos, os quais possuíam três funções básicas: a Justiça, a legislação e a administração.

Cabe esclarecer que se partiu da tradicional concepção que diferencia funções diferentes para órgãos distintos do Estado, originariamente pensada por Locke e devidamente aperfeiçoada por Montesquieu. Insta lembrar, no entanto, que para efeitos históricos, as bases da teoria da “separação de poderes” estavam estabelecidas desde a antiguidade vivida por Aristóteles<sup>84</sup>. Interessa a este trabalho a função executiva ou administrativa, onde se encontram as chamadas decisões governamentais.

Portanto, no contexto da função administrativa do Estado, tem-se as decisões que buscam a viabilidade e a harmonia do agrupamento, cotejando oportunidades, prioridades, lacunas, dentre outros requisitos.

---

<sup>83</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.262.

<sup>84</sup> *Apud* PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p.34: Aristóteles, em sua obra intitulada “Política”, ensinou que “a melhor constituição é a que resulta da mistura da forma de governo dos ricos – oligarquia – com a forma de governo dos pobres e das pessoas pouco afortunadas – democracia –, procurando constituir o seu meio-termo – republica.”

Quanto ao agente público responsável pela política pública, parece não haver dúvidas de que se estaria a tratar daqueles que exercem a função administrativa, ainda que no exercício de função atípica. Afirma-se, daí, que é possível, por exemplo, um agente público do Poder Judiciário implementar uma política pública ao disciplinar reservas de cotas para concurso na Magistratura.

Tomada a decisão estatal, existe mudança estrutural – e/ou organizacional – no interior da Administração Pública, tais como a criação de uma agência para executar uma política regulatória ou mesmo novas atribuições a servidores públicos, tais como o cadastramento dos beneficiários de um programa habitacional.

Após o devido tratamento reservado aos pressupostos, há que se analisar os ritos pré-procedimentais, tais como a negociação de seus interlocutores: técnicos, patrocinadores, associações da sociedade civil e demais parceiros institucionais.

Não obstante a aparente ausência de vinculação com a tecnicidade do tema, destaca-se que tais ritos são essenciais num sistema democrático, eis que se materializam em verdadeiras tratativas políticas entre os indivíduos do agrupamento.

Sobre o tema, interessante a observação Antonio Sergio de Araújo Fernandes quando o autor explica que:

Costuma-se pensar o campo das políticas públicas unicamente caracterizado como administrativo ou técnico e, assim, livre portanto do aspecto 'político' propriamente dito, que é mais evidenciado na atividade partidária eleitoral. Este é uma meia verdade, dado que apesar de se tratar de uma área técnico-administrativa, a esfera das políticas públicas também possui uma dimensão política uma vez que está relacionado ao processo decisório.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> FERNANDES, Antonio Sergio Araújo. Políticas Públicas: Definição evolução e o caso brasileiro na política social. In: DANTAS, Humberto; M. JUNIOR, José Paulo (Orgs.). **Introdução à política brasileira**. São Paulo: Paulus, 2007. p.203.

Esta noção de participação popular vem ao encontro da evolução histórico-comparativa abordada no capítulo anterior desta pesquisa, quando restou demonstrado que se vivenciou um modelo de Estado intervencionista.

Há requisitos de execução que se situam fora do conceito de políticas públicas, mas que são essenciais a sua implementação em decorrência de disposições normativas neste sentido. A título de exemplo, tem-se que existem políticas públicas que necessitam de audiências para sua implementação. Aparentemente, tais requisitos estão fora do conceito de políticas públicas e dizem respeito a sua execução, não guardando vínculo com sua existência.

O ato – e/ou norma – advindo de uma ponderação de ideias e valores com intuito motivacional, e realizado pelo agente público investido de função administrativa, após uma negociação com os outros indivíduos do agrupamento, deve considerar o contexto social sob o âmbito histórico. Sob essa ótica, eficaz se torna a observação de Paulo Meksenas no sentido de que:

É preciso, portanto, não compartimentalizar o saber produzido acerca das políticas públicas como fins sociais para percebermos os seus contornos com os contextos da sociedade brasileira. Assim, o estudo das políticas públicas como fins é o estudo das relações de poder, como também de estrutura e conjuntura da vida social, dos padrões de sociabilidade e da dinâmica da cultura.<sup>86</sup>

Assim, a política pública pode se manifestar sob a forma de atos e/ou normas, ou mesmo de regulamentos, decretos, ou até como fomento, tendo-se como exemplo deste último o incentivo para determinado ramo da economia.

Relembrando que se está a tratar da obrigatoriedade de atuação do Poder Público em face de comandos programáticos, insta expor que o direito processual que sanciona tais omissões vem disposto na própria Carta Maior pátria, a saber:

---

<sup>86</sup> MEKSENAS, Paulo. **Cidadania, poder e comunicação**. São Paulo: Cortez, 2002. p.206.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

[...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[...]

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Antecipe-se que os dois instrumentos de provocação do Poder judiciário serão devidamente tratados nos tópicos específicos voltados aos mecanismos de implementação das políticas públicas.

Contudo, a esse respeito não se pode confundir a implementação de uma política pública por um membro do Poder Judiciário com a intervenção judicial em políticas públicas, acompanhando-se aqui o alerta de Paulo Lucena de Menezes quando leciona que “uma imperfeição bastante comum é a de identificar a ação afirmativa como sendo um remédio ou uma solução judicial, como se esta fosse apenas o reflexo direto de decisões judiciais.” Também entende que “o papel desempenhado pelos tribunais, embora tenha sido extremamente valioso, sempre foi corretivo e, como não poderia deixar de ser, deu-se em todo o tempo mediante a provocação das partes interessadas”, além do que “existiram, como ainda existem,

inúmeros programas de ação afirmativa que foram implementados com sucesso e que não sofreram nenhuma interferência direta do Poder Judiciário.”<sup>87</sup>

No entanto, cabe aqui frisar a possibilidade de implementação de política pública pelo Poder Judiciário, conforme entendimento do próprio STF – Supremo Tribunal Federal – no Recurso Extraordinário nº 410715, cuja relatoria coube ao ministro Celso de Mello. Em sua explanação, o autor do relatório explica que:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Não obstante o caso se circunscrever ao tema educação, as demais políticas públicas também podem aparentemente serem implementadas por determinação judicial, eis que dizem respeito à própria efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, convém buscar conhecimento em Osvaldo Canela Junior para entender que o Poder Judiciário “tem compromisso constitucional com a realização dos direitos fundamentais e, dada a amplitude de sua competência, decorrente da assunção do controle de constitucionalidade, o Estado é visualizado como devedor em caso de lesão.”<sup>88</sup>

Apesar da pouca extensão deste capítulo, é de se inferir que o leitor possa ter absorvido, mesmo que de forma minimizada, respaldo acerca do tema políticas públicas. Todavia, especial interesse é reservado ao capítulo seguinte, onde será

---

<sup>87</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.33.

<sup>88</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.103.

tratada a temática referente às ações afirmativas, objeto de estudo central desta pesquisa.



### 3 DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Retomando de forma fragmentada o assunto reservado ao capítulo anterior, tem-se que as políticas públicas devem ser entendidas como o gênero de decisões governamentais, reservado o papel de espécie às chamadas ações afirmativas: políticas públicas específicas de combate à desigualdade social.

Note-se que se tomou a qualificação “combate à desigualdade social” em contraponto às expressões “promoção da igualdade” ou “asseguramento da isonomia”, diante do conteúdo coercitivo de tais decisões governamentais, conforme restará demonstrado ao longo desta abordagem.

As ações afirmativas têm origem – ao menos quanto à ideia que hoje se emprega à questão – nos EUA, onde um modelo de política de combate à discriminação racial caracterizou o fundamento jurídico e a razão social do instituto.

Convém resgatar que no direito estadunidense predomina o sistema jurídico conhecido como *Common Law* – cuja tradução seria “direito comum” –, mediante o qual o direito se desenvolve basicamente por meio da jurisprudência e não por atos legislativos ou executivos.

Ademais da diferença entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano, é inegável a grande influência deste País como paradigma no tocante aos costumes e outras áreas, tais como a economia, a política e até mesmo o Direito.

Daí a opção por citar e explorar o surgimento e desenvolvimento do instituto nos EUA, até como fonte de reflexão acerca do tratamento da igualdade num ordenamento jurídico marcado principalmente pela flexibilidade e pela dinâmica de seus entendimentos.

Todavia, há que se entender aquele País apenas como referência, mesmo porque, tendo em vista o objeto de estudo deste capítulo, e segundo Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, “somente após realizar um estudo histórico-comparativo, acreditamos ter sido possível chegar a algumas conclusões sobre a impossibilidade de adotarmos as ações afirmativas da maneira como foram pensadas para os Estados Unidos.”<sup>89</sup>

### 3.1 O surgimento das ações estatais afirmativas

Oficialmente, a ação afirmativa surgiu por intermédio do presidente dos EUA John F. Kennedy, o qual, após dois meses de sua posse – janeiro de 1961 – expediu a *Executive Order* nº 10.925, criando a *President’s Committee on Equal Employment Opportunity*.

De acordo com Paulo Lucena de Menezes, este Ato Normativo impunha que nos contratos celebrados com o governo federal:

O contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido à raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado.<sup>90</sup>

No entanto, é preciso uma breve explanação histórica daquele País para melhor compreender o contexto social e político de surgimento e desenvolvimento das chamadas *equal protection clause*.

---

<sup>89</sup> KAUMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.287.

<sup>90</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. *op. cit.* p.88.

A igualdade jurídica nos EUA veio tratada na 14ª Emenda – proposta em 1866 e aprovada em 1868 – de sua Constituição. Deve-se observar que esta Carta Magna surgiu após uma guerra civil que teve como um dos motivos a própria questão da desigualdade, especificamente a escravidão. O tema, naquele País, suscitou debates desde sua independência, quer seja no campo político ou mesmo no âmbito econômico.<sup>91</sup>

Destaque-se que a questão econômica refletia na política e, conseqüentemente, nas decisões da Suprema Corte. Há que se observar que, de 1790 a 1861, a maioria dos ministros era oriunda do sul do País – exceto por um breve período na década de 1830 – e, portanto, as decisões tendiam à desigualdade no combate à escravidão. A título de exemplificação, cabe aqui citar o caso *Dred Scott v. Sanford*, expondo-se parte do voto do ministro presidente Taney, eis que expressa a opinião quanto a desigualdade entre brancos e negros, a saber:

Eles (os negros) tinham sido vistos antes, por mais de um século, como seres de uma ordem inferior; e de modo geral inadequados para se associar com a raça branca, tanto nas relações sociais quanto políticas; e de tal forma inferiores, que não tinham os direitos aos quais os homens brancos obrigavam-se a respeitar; e que o negro poderia, justa e legalmente, ser reduzido à escravidão para seu benefício. Era comprado e vendido, e tratado como um artigo comum de comercialização e tráfico.<sup>92</sup>

Com base nas 13ª, 14ª e 15ª Emendas aprovou-se um *Civil Rigth Act*, ou seja, leis federais destinadas a implementar e promover vigor adicional aos direitos individuais básicos garantidos pela Constituição, proibindo a discriminação baseada em raça, cor, idade ou religião. Cumpre também elencar alguns casos julgados com base na 14ª Emenda:

---

<sup>91</sup> Apenas em caráter complementar, interessante expor que na a própria minuta original da Declaração da Independência de Thomas Jefferson, o monarca britânico é acusado de violar direitos inerentes ao ser humano – vida e liberdade – por permitir o comércio de escravos.

<sup>92</sup> *Apud* SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. EUA: Oxford University Press, 1993. p. 119.

No caso *Staruder v. State of West Virginia*, declarou-se que a lei estadual que impunha a admissão de somente brancos para atuarem como jurados não respeitava as disposições vertentes na citada normativa. Já, em *Pace v. Alabama*, a lei que proibia o casamento inter-racial e estabelecia penas mais rigorosas para as hipóteses de adultério ou relações sexuais ilegítimas quando os parceiros fossem de raças diferentes, declarou-se a constitucionalidade da lei, considerando-se que as penas eram aplicadas sem distinção: brancos ou negros eram sujeitos às mesmas penas.

Ainda nos EUA, entende-se importante anotar que, de 1896 e 1954, adveio a doutrina *separate but equal* – separados, mas iguais –, segundo a qual a *equal protection clause* vedaria a segregação que excluiria uma ou mais raças de algum serviço ou direito propiciados às demais, tão somente. A consolidação de tal doutrina surgiu no caso *Plessy v. Ferguson*, quando se assegurou a constitucionalidade de uma lei que impunha as empresas ferroviárias o oferecimento de acomodações iguais, mas separadas, para passageiros brancos e negros.

Com a Segunda Guerra Mundial, no caso *Korematsu v. United States* julgou-se uma condenação por violação a uma ordem militar – a qual possuía amparo numa autorização presidencial: a *Executive Order* nº 9.066 e Lei Federal de 1942 – que impunha a expulsão de japoneses e descendentes de determinadas áreas da Costa Oeste.

Ademais do julgamento *Korematsu v. United States*, a doutrina *separate but equal* foi revista pela Suprema Corte apenas em 1954. Foram quatro casos julgados conjuntamente e que diziam respeito ao pleito de acesso a determinadas instituições públicas de ensino por estudantes negros, com base no princípio da igualdade e contra a segregação imposta aos negros pelas leis locais.

No mais, outros julgamentos estenderam o entendimento do caso *Brown* às restrições raciais existentes em parques, praias e balneários públicos, ônibus, restaurantes de aeroportos e auditórios municipais.

Importante citar que o Presidente Lyndon Johnson conseguiu que o Congresso aprovasse o *Civil Right Act*, de 2 de julho de 1964 – declarado constitucional pela Suprema Corte naquele mesmo 1964 – no caso *Heart of Atlanta Motel v. United States*. Tal ato embasou o *Philadelphia Plan*, segundo o qual os contratantes com o governo deveriam desenvolver programas de ação afirmativa.

No ano seguinte – especificamente em 24 de setembro de 1965 – adveio a *Executive Order* nº 11.246, exigindo que os contratantes com o governo federal não apenas banissem práticas discriminatórias, mas dessem um passo além, estabelecendo medidas efetivas em favor das minorias étnicas e raciais, estabelecendo para isso várias formas: recrutamento, contratação, transferência, níveis salariais e benefícios indiretos, promoção, treinamento, etc.

No caso *Griggs v. Duke Power Company*, a Suprema Corte decidiu que o *Civil Right Act*, de 2 de julho de 1964, em seu Título VII, abrangia duas formas peculiares de discriminação: o impacto adverso e a perpetuação, no presente, dos efeitos da discriminação ocorrida no passado.

Para Gunthler, os julgamentos da Suprema Corte demonstram o entendimento de que a utilização de metas na contratação e promoção de empregados com o intuito de remediar discriminações passadas não seria, por si só, inconstitucional. Da mesma forma, a maioria no Tribunal entenderia que as políticas de ações afirmativas não estavam restritas apenas às próprias vítimas de discriminações passadas.

Cabe ainda destacar que nos anos seguintes, durante o governo Ronald Reagan, a Suprema Corte dos EUA firmou entendimento afastando a tese de concepção exclusivamente compensatória da ação afirmativa, reconhecendo que os programas envolvendo tais ações poderiam ser constitucionais, ainda que beneficiassem indivíduos que não haviam sido vítimas efetivas da discriminação que se procurava remediar.<sup>93</sup>

Embora a discussão sobre as ações afirmativas alcance grande destaque nos EUA, as mudanças na composição da Suprema Corte daquele País assinala uma retomada de posicionamentos conservadores quanto ao instituto. Tome-se como exemplo o caso *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, no qual houve a inversão do ônus da prova, impondo ao suposto ofendido – no caso o empregador – a comprovação da alegada discriminação. Observa-se, no entanto, que não houve especificação de quais modalidades de prova seriam aceitas para comprovar a existência da discriminação.<sup>94</sup>

Cronologicamente, a mudança de posicionamento daquele Tribunal Superior teve como conseqüência a imposição judicial de que as ações afirmativas fossem condicionadas a um “exame rigoroso” na apreciação judicial da matéria.<sup>95</sup>

O *Civil Rigth Act* (1964) foi emendado pelo *Civil Rigth Act* (1991), passando a adotar a possibilidade de o empregador escusar-se da alegação de discriminação intencional, provando a existência de *business necessity*.

Aparentemente, a jurisprudência dos EUA fixou o entendimento de que naquele País a regularidade da ação afirmativa para com o princípio da igualdade

---

<sup>93</sup> Esta orientação pode ser melhor aprofundada em: [s.a]. **Local 28: Sheet Metal Works Intern.** Disponível em: <<http://supreme.justia.com>>. Acesso em 18 dez. 2011.

<sup>94</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. *op. cit.* p.136.

<sup>95</sup> *Ibidem.* p.137.

depende apenas do fator de diferenciação adotado. Neste sentido, convém ainda consultar Paulo Lucena de Menezes para compreender que:

Nos Estados Unidos, como visto, esse processo desenvolve-se de forma extremamente singular, posto que a simples escolha do fator de diferenciação pode implicar a presunção de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do texto normativo que o adota. A vantagem desse sistema (ou desvantagem, dependendo do prisma de análise), é que, conhecendo-se previamente os parâmetros de classificação legal que não juridicamente aceitos, é possível a sua utilização maciça, com um menor risco de questionamentos judiciais. Essa grande diferença que se verifica em relação ao ordenamento jurídico pátrio não impede, de forma alguma, que a ação afirmativa seja adotada no Brasil, mas impõe cuidados redobrados, o que restringe, substancialmente o seu emprego generalizado.<sup>96</sup>

Portanto, a desigualdade no País ora em estudo sempre apresentou viés institucional, ou melhor, as discriminações estiveram dispostas formalmente em regramentos que impediam tratamento igualitário entre grupos de pessoas consideradas diferentes. A observação de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann é no sentido de que, "nos Estados Unidos, as ações afirmativas foram criadas para resolver um problema concreto de segregação oficial", objetivando a reversão dos "prejuízos decorrentes de um sistema no qual as oportunidades de um melhor emprego, de estudar em melhores escolas eram, definitivamente, vedadas aos negros, na medida em que o próprio governo promovia a separação."<sup>97</sup>

O modelo norte-americano influenciou diversos outros países, citando-se como exemplo o Canadá e a África do Sul.

No Canadá, o parágrafo primeiro do artigo 15 do *Charter of Rights*, diploma veiculado pelo *Constitution Act*, de 1982, estabeleceu a igualdade perante as leis e a proibição de determinadas formas de discriminação. O parágrafo segundo, intitulado

---

<sup>96</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. *op. cit.* p.137.

<sup>97</sup> *Apud* MENEZES, Paulo Lucena de. *op. cit.* p.211.

*affirmative action clause* vem a complementar o primeiro, sendo que os textos apresentam o seguinte teor:

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

15. (2). A subsecção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental.<sup>98</sup>

Ainda em relação ao Canadá, convém citar o *Ontario Human Rights Code* que, em seu artigo 14, estabelece que:

14 (1). Um direito previsto na Parte I (o direito substantivo) não é violado pela implementação de um programa especial que tenha sido estabelecido para atenuar desequilíbrios ou desvantagem econômica, para auxiliar indivíduos ou grupos em desvantagem a obterem oportunidades iguais ou para contribuir para a eliminação da violação dos direitos que aparecem na Parte I.<sup>99</sup>

Por último, na jurisprudência canadense, no voto do ministro Huddart L. J. S. C. – 34 D.L.R. (4th) 488 (B.C.S.C.) – firmou-se o seguinte entendimento:

A Secção 15 (2) visa proteger qualquer legislação que selecione um grupo para receber tratamento preferencial a fim de remediar um desequilíbrio. Deverá haver uma conexão razoável entre o tratamento preferencial e o desequilíbrio. A Secção 15 (2) permite e admite a discriminação prevista na secção 15 (1) se as pessoas em favor das quais a distinção é feita estiverem em situação de desvantagem e o objeto da discriminação for a melhoria dessa desvantagem.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

<sup>99</sup> Disponível em: <<http://www.e-laws.gov.on.ca>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

<sup>100</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. *op. cit.* p.130.



Tomando-se agora como exemplo a África do Sul, tem-se que a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997 – *Act 108 of 1996* –, previu a adoção de políticas públicas nos seguintes termos:

9. (2) A igualdade [perante a lei] inclui a plena e igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas.<sup>101</sup>

É possível, ainda, citar convenções internacionais, como a de “Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial”<sup>102</sup> (1965); a de “Discriminação Contra a Mulher” (1979); e a de “Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência” (1999).

### **3.2 As políticas públicas de combate à desigualdade**

Após o devido tratamento sobre o surgimento histórico do instituto das políticas públicas de combate à desigualdade, e como este tema se apresentou nos EUA, Canadá e África do Sul, convém agora abordar as peculiaridades jurídicas do instituto no ordenamento brasileiro.

Para isso parte-se da constatação de que não é possível simplesmente copiar o modelo norte-americano – ou outros –, quer seja pelas diferenças no desenvolvimento histórico-social entre as nações ou mesmo porque no Brasil existe um ordenamento jurídico com diretrizes diversas.

---

<sup>101</sup> Disponível em: < <http://www.info.gov.za> >. Acesso em: 15 dez. 2011.

<sup>102</sup> Nesta normativa, especificamente em seu artigo 1º, item 4, tem-se que: “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.”

Assim, sob um viés social, a impossibilidade de adotar pura e simplesmente o modelo dos EUA situa-se na notória constatação de que jamais se noticiou, no Brasil, segregações institucionais ente raças, ainda que por atos de governo, somando-se ao tipo de colonização<sup>103</sup> e a sociedade brasileira, altamente miscigenada. Acerca da diferença na intervenção externa no País, convém citar a opinião de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, que se manifesta da seguinte forma:

Como vimos anteriormente, profundas foram as diferenças quanto à colonização efetuada por Portugal e pela Inglaterra, o que irá sobremaneira influenciar a formação do povo brasileiro e do estadunidense. No Brasil, por exemplo, a miscigenação entre as raças decorreu de um processo natural, devido às condições em que foi realizada a colonização. Nos Estados Unidos, diferentemente, a miscigenação foi combatida e a separação entre brancos e negros estimulada pela sociedade e pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, em seus diferentes níveis.<sup>104</sup>

A afirmação se funda na notória miscigenação da sociedade brasileira, na ausência de uma discriminação institucional, e na existência de outros fatores que conduziram a uma desigualdade social, tais como a distribuição de renda e a distância educacional entre a rede pública e a privada.

Além da impossibilidade de se copiar o instituto do direito estadunidense por motivos ligados à própria condição social no Brasil, parte da doutrina se refere a outros fundamentos de caráter axiológico para se contrapor a sua adoção, promovendo real debate acerca de sua existência.

Entenda-se que se está a tratar de embates entre: teoria compensatória *versus* teoria redistributiva, igualdade formal *versus* igualdade material, políticas universalistas *versus* políticas focadas, dentre outras.

---

<sup>103</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. *op. cit.* p.213.

<sup>104</sup> KAUMANN, Roberta Fragoso Menezes. *op. cit.* p.290.

As teorias compensatórias e redistributivas são bem exemplificadas pela autora recém citada quando a mesma promove o seguinte questionamento:

Por exemplo, quando se fala em compensar a discriminação do passado, quer-se dizer do passado remoto, como a escravidão, ou dos efeitos do passado que permanecem no presente, como o preconceito e a discriminação? Se a intenção for reparar o passado de trabalho escravo, está-se diante da teoria compensatória, se, por outro lado, se quiser remediar os efeitos maléficos do preconceito e da discriminação do presente, está-se versando sobre a teoria redistributiva. O argumento da justiça distributiva abarcaria, em parte, o fundamento histórico da teoria compensatória, mas desde que os efeitos se perpetuassem nos dias atuais.<sup>105</sup>

Como já visto, o ideal de justiça compensatória não apenas é descartado pelas jurisprudências pátria e comparada; não aparenta configurar a ideia central da construção da ação afirmativa. Arrisca-se aqui em afirmar que a ideia de se compensar grupos historicamente discriminados não pode ser o núcleo de uma política de inclusão social, seja pela dificuldade em se determinar este grupo, diante da miscigenação da população, seja porque a responsabilidade pela falta de inclusão recairia em indivíduos que não guardam relação com esta ocorrência.

Não se trata aqui de se desconsiderar a existência da desigualdade social, mesmo porque vale, sobre tal assunto, recorrer novamente aos ensinamentos de Antonio Sergio Araújo Fernandes para entender que, acima de tudo, pobreza e desigualdade no Brasil surgem como “algo gerado por um déficit histórico de cidadania em um país que viveu sob o regime escravo por quatro séculos, no qual os direitos civis e políticos existiam apenas no papel.” Para este mesmo autor, “um bom exemplo são as eleições brasileiras tanto no período do império quanto da república velha – a chamada república dos coronéis”, que configuravam verdadeiros “escrutínios caracterizados pela fraude e truculência onde os eleitores eram

---

<sup>105</sup> KAUMANN, Roberta Frago Menezes. *op. cit.* p.222.

ameaçados por capangas, ou trocavam seu voto por qualquer utensílio.” E aprofunda a questão quando explica que “evidentemente este comportamento refletia o perfil do atraso na sociedade brasileira [...] quando, entre 1937 a 1945, foram suspensos os direitos políticos.” E finaliza com maestria ao afirmar que “curiosamente no período da supressão de direitos políticos e civis, foi ao mesmo tempo o momento dos avanços dos direitos sociais.”<sup>106</sup>

Portanto, descarta-se a teoria compensatória porque não se pode castigar ou recompensar determinado(s) indivíduo(s) pelo simples fato de pertencerem a determinado grupo, sem que haja qualquer um liame fático de causalidade com os atos de desigualdade.

Quanto à crítica feita à adoção das políticas públicas afirmativas com fundamento em suposta violação destas à igualdade formal, esta discussão aparentemente se esvai na medida em que se conjuga ao instituto a chamada igualdade material.

William L. Taylor, participante da Conferência de Bellagio, esforça-se por diferenciar o conceito de ação afirmativa de outros conceitos, como reparação redistribuição. Para ele:

O primeiro, necessariamente, inclui como beneficiários de seus programas todos os membros do grupo prejudicado. O segundo, por sua vez, pressupõe como critério suficiente (ou mesmo exclusivo) a carência econômica ou socioeconômica dos membros do grupo em questão, independentemente dos motivos dessa carência. A ação afirmativa diferenciar-se-ia, no primeiro caso, porque [...] em programas de ação afirmativa, o pertencimento a um determinado grupo não é suficiente para que alguém seja beneficiado; outros critérios iniciais de mérito devem ser satisfeitos para que alguém seja qualificado para empregos ou posições [...]. Já, em relação à redistribuição, ela distingue-se por configurar-se em medida de justiça, a qual constitui-se em argumento legal para seu pleito, tal como a jurisprudência norte-americana a consagrou.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> FERNANDES, Antonio Sergio Araújo. *op. cit.* p.216.

<sup>107</sup> *Apud* CONTINS, M.; SANT'ANA, L. C. O movimento negro e a questão da ação afirmativa. **Estudos Feministas**. Rio de Janeiro: IFCS/UFRJ-PPCIS/Uerj, 1996. p.209-210.

E no tocante à ação afirmativa, Taylor ainda entende que teria ela como função específica “a promoção de oportunidades iguais para pessoas vitimadas por discriminação.” Acredita, ainda, que seu objetivo seria o de “fazer com que os beneficiados possam vir a competir efetivamente por serviços educacionais e por posições no mercado de trabalho.”<sup>108</sup>

Resta ainda a crítica que confronta políticas universalistas e políticas focadas. A este respeito, nada mais eficaz que citar o magistério de Flávia Piovesan para se apreender que “uma segunda tensão envolve o antagonismo políticas universalistas versus políticas focadas”, ou melhor, “para os críticos das ações afirmativas elas demandariam políticas focadas, favoráveis a determinados grupos socialmente vulneráveis, o que fragilizaria a adoção das políticas universalistas.” Entende também que “a resposta a esta crítica é que nada impediria a adoção de políticas universalistas combinadas com políticas focadas”, mesmo porque existem estudos e pesquisas a demonstrar “que a mera adoção de políticas universalistas não tem sido capaz de reduzir as desigualdades raciais, que se mantêm em padrões absolutamente estáveis ao longo de sucessivas gerações.”<sup>109</sup>

Ultrapassadas as críticas acerca da existência do próprio instituto, cuida-se a partir de agora de seu conceito. Para isso, salutar se torna buscar subsídios em Daniel Sarmiento para entender que:

Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou

---

<sup>108</sup> *Apud* CONTINS, M.; SANT'ANA, L. C. *op. cit.* p.210.

<sup>109</sup> PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, 2010. p.260.

cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração dos contratos.<sup>110</sup>

Já Sandro César Sell conceitua ação afirmativa no sentido de que a mesma pode ser entendida “como um conjunto de estratégias políticas, cuja finalidade é, em ultima análise, promover a igualdade de oportunidades sociais”, utilizando-se para isso “um tratamento preferencial daqueles que historicamente têm sido os perdedores na disputa pelos bens escassos de nossa sociedade (empregos, vagas em universidades, participação política, etc.).”<sup>111</sup>

Ainda acerca da conceituação, convém frisar o entendimento do próprio STJ – Superior Tribunal de Justiça –, no Recurso Especial nº 1254118, quando o relator entendeu que:

As ações afirmativas são medidas especiais que têm por objetivo assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades.<sup>112</sup>

Neste julgado, destaca-se a posição do ministro Humberto Martins, citando-se parte de seu voto no sentido de que, “no caso dos autos, não há dúvidas de que a autora não está no grupo de indivíduos abrigados pelo Programa de Ações Afirmativas instituído pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul.” Finaliza o relator entendendo que “também é claro que a exclusão de aluna, em fase adiantada do curso, não permite o redirecionamento da vaga a outro aluno que deveria ter sido abrigado pelo programa.”<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> SELL, Sandro César. **Ação afirmativa e democracia racial**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2002. p.154.

<sup>111</sup> *Ibidem*. p. 9.

<sup>112</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

<sup>113</sup> *Idem*.

Na conformidade das opiniões retro exposta, a política pública de combate à desigualdade é uma das espécies de políticas públicas, distinguindo-se do gênero pela presença de determinados requisitos.

Aparentemente, todos os elementos até aqui elencados para cuidar do gênero políticas públicas estão presentes nesta espécie. No entanto, e na conformidade das opiniões expostas acerca do instituto, haveria o direcionamento de tais decisões governamentais a um grupo de indivíduos, a presença de um fundamento político específico, além do que seu objetivo seria distinto das demais políticas públicas.

O direcionamento a um grupo específico de agentes não retira a natureza universal do instituto, eis que não se trataria da seleção de determinadas pessoas, mas da identificação de um grupo por suas características peculiares. A distinção é menos dificultosa se pensarmos, a título de exemplo, que a ação afirmativa visaria ao grupo de caucasianos (pessoas com estas características) e não ao grupo de indivíduos que se intitulou “os caucasianos” (nome de um grupo formado por pessoas que podem não ter estas características).

Nos ensinamentos de Flávia Piovesan tem-se que “a efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão.” Melhor explicando, “a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, acrescidas do valor da diversidade.”<sup>114</sup>

Com relação à presença de um fundamento político específico, é de se entender que a igualdade – característica comum a todas as políticas públicas – deve ser conjugada com a fator “combate à discriminação social”. Neste sentido, e

---

<sup>114</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.56.

conjugando o objetivo de tais ações, destaca-se a opinião do ministro do STF, Joaquim Barbosa Gomes, no sentido de que as ações afirmativas devem ser definidas como “políticas públicas ou privadas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem e de composição física.”<sup>115</sup>

Em reforço, cita-se os ensinamentos de Sandro César Sell, para quem:

A ação afirmativa consiste numa série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade.<sup>116</sup>

Ressalte-se esse ideal político buscado pelas ações afirmativas nas palavras de José Carlos Evangelista de Araújo, que vem afirmar “a inequívoca natureza jurídica de direito fundamental que alicerça as chamadas ações afirmativas. Para ele, referida interpretação obviamente resulta “do fato de estas serem na verdade um mero desdobramento ou densificação do ‘valor’ igualdade, que lastreia todo o art. 3º da CF/88, no qual se estabelecem os objetivos da República Federativa do Brasil.” Complementa ainda a linha de raciocínio ao afirmar que tais objetivos vêm a imantar por completo o texto constitucional, atribuindo ao tema ‘igualdade’ uma “indiscutível hierarquia hermenêutica e, sobretudo, imperatividade ao princípio da igualdade jurídica formal, expressamente positivado no *caput* do art. 5º da CF/88, por seu desdobramento em seus incisos XLI e XLII.”<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). **Ações afirmativas**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p.180.

<sup>116</sup> SELL, Sandro César. *op. cit.* p.15.

<sup>117</sup> ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **Ações afirmativas e Estado democrático social de direito**. São Paulo: LTr, 2009. p.119.



A noção fundamental do instituto, portanto, é a busca pela igualdade de fato, pela inclusão social de grupos historicamente discriminados por apresentar fatores únicos, possibilitando sua delimitação e diferenciação.

Não obstante as ações afirmativas terem surgido, historicamente, no que diz respeito à discriminação racial em searas normativas – como ocorreu nos EUA – ou no próprio plano da situação social – tenha-se como exemplo o regime do *apartheid*<sup>118</sup> na África do Sul –, a questão não se exaure no tema “raça”.

Exemplifica-se aqui com a questão tributária: é certo que qualquer ação social demanda efetivo custeio, até porque o ordenamento jurídico pátrio previu direitos fundamentais prestacionais. Cotejando estes dois fenômenos – tributação e direitos fundamentais prestacionais –, Raimundo Bezerra Falcão explica que:

Os diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, já albergam propensões de utilização das potencialidades mudancistas da tributação, certamente em decorrência do convencimento de que é um – se bem que não o único – caminho importante na escalada do homem em busca de transformações o mais possível incruentas e que respeitam a dignidade e a vida do ser humano.<sup>119</sup>

Outros exemplos podem ser utilizados. No Peru, por exemplo, a Lei nº 23.285/82 concede benefícios tributários às empresas para contratação de pessoas portadoras de deficiência; na República Dominicana as empresas têm redução fiscal quando participam de planos de admissão de portadores de deficiência aprovados pelo governo; na Argentina, a Lei nº 24.465/95 reduz em 50% as contribuições previdenciárias dos empregadores que contratam portadores de deficiência.

---

<sup>118</sup> O *apartheid* foi um regime de segregação racial adotado de 1948 a 1994 – 46 anos – pelos sucessivos governos do Partido Nacional na África do Sul, no qual os direitos da grande maioria dos habitantes foram cerceados pelo governo formado pela minoria branca. Para maiores informações recomenda-se consultar BALDWIN-RAGAVEN, Laurel; LONDON, Lesley; DU GRUCHY, Jeanelle. **An ambulance of the wrong colour**. Joanesburgo: Juta and Company Limited, 1999.

<sup>119</sup> FALÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.96.

Outra não é a opinião dos tribunais pátrios, citando-se especificamente o voto do desembargador Roger Raupp Rios, no Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.004495-0/SC. Este relator manifesta-se no sentido de que, “com efeito, dentre os intrincado temas que desafiam a compreensão do princípio da igualdade, um dos mais polêmicos é o das ações afirmativas.”

Interessa neste trabalho aquela decisão governamental de implementar medidas de combate à desigualdade social com base no princípio da igualdade, a qual tenha por finalidade a inclusão social de grupos historicamente discriminados em razão de apresentar fatores únicos de diferenciação.

Apenas para exemplificar, não parece que configuram ações afirmativas as decisões judiciais que determinam a implementação de situações que venham a garantir a igualdade de tratamento sem que se tenha a qualificação do “combate à desigualdade social”. Convém citar como exemplo um trecho do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946 MC/DF, de relatoria do ministro Sydney Sanches e julgada em 29 de abril de 1999 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. No texto jurisprudencial, tem-se que:

[...] na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 11. Estando preenchidos os requisitos da

plausibilidade jurídica da ação ("fumus boni iuris") e do "periculum in mora", é de ser deferida a medida cautelar. Não, porém, para se suspender a eficácia do art. 14 da E.C. nº 20/98, como, inicialmente, pretende o autor. Mas, como alternativamente pleiteada, ou seja, para lhe dar, com eficácia "ex tunc", interpretação conforme a Constituição, no sentido de que tal norma não abrange a licença-gestante, prevista no art. 7º, inc. XVIII, da CF/88, durante a qual continuará percebendo o salário que lhe vinha sendo pago pelo empregador, que responderá também pelo "quantum" excedente a R\$1.200,00, por mês, e o recuperará da Previdência Social, na conformidade da legislação vigente.

Conforme se demonstrará, não se trata simplesmente de adoção de medidas igualitárias, até porque a própria evolução histórica do instituto, tal qual ocorreu nos EUA, não permitia a mera adoção de "políticas cegas" quanto aos indivíduos diferentes.

A necessidade de integração e inclusão por ações afirmativas parte do pressuposto da adoção histórica de segregação e, por este mesmo caminho, deve trilhar o retorno a um tratamento igualitário por meio de medidas discriminatórias (positivas).

Finalmente, o próprio STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2649 do Distrito Federal, de relatoria da ministra Carmen Lúcia, julgada em 8 de maio de 2008 pelo Tribunal Pleno, e com publicação em 17 de outubro do mesmo ano, analisou uma política pública afirmativa que tratava da Lei nº 8.899/94, a qual concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Na opinião desta Corte Maior:

A Lei n. 8.899/94 cuidou de dar forma justa ao direito do usuário que, pela sua diferença, haverá de ser tratado nesta condição desigual para se igualar nas oportunidades de ter acesso ao serviço público de transporte coletivo rodoviário interestadual.

[...]

Na seqüência destas normas é que se estabeleceu a concessão de *passe livre* às pessoas portadoras de deficiência, do que não se há de argumentar em ofensa ao princípio da igualdade, porque se busca, exatamente, com essa lei, a igualdade de direitos e

oportunidades sociais, especialmente porque grande parte das deficiências atingem em maior escala a população mais pobre.

Discorda-se desta decisão em apenas um ponto, ou seja, aquele que diz respeito às deficiências físicas atingirem em maior escala a população mais pobre. Não procede tal linha de pensamento, pois o universo da genética humana não “escolhe” os menos favorecidos durante a fecundação, divisão de células, formação de tecidos e órgãos, gestação e nascimento. Talvez a nobre ministra objetivasse – de forma velada e sem intencionar gerar mais polêmica – insinuar que são os agentes sociais com poucos recursos aqueles que compõem a massa demográfica brasileira.

### **3.3 A experiência brasileira no tocante às ações afirmativas**

Interessante iniciar este subitem destacando que os diversos vocábulos utilizados para nominar o instituto no Brasil traduzem o próprio desconhecimento acerca do tema.

Ora mencionadas como “discriminação inversa”, as políticas públicas de combate à desigualdade não se confundem com a errônea ideia de desigualar aqueles que não são atingidos pela política pública afirmativa. Neste caso, a crítica diz respeito à conotação negativa e à dificuldade em vincular o instituto com o princípio da igualdade.

Quanto a “tratamentos preferenciais”, observa-se que a expressão traz consigo certa dose de cunho pejorativo, o que vai de encontro ao ideal participativo do princípio da igualdade. Tem-se, ainda, que as ações afirmativas não são tratamentos preferenciais, mas medidas profiláticas diante da desvantagem

experimentada por certos grupos, decorrentes do racismo e de outras formas correlatas de preconceito.<sup>120</sup>

Interessa a esta pesquisa aquela noção de ação afirmativa que, no Brasil, guarda estrita relação com questões sociais de combate à exclusão social. No material desenvolvido pelo Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra no Brasil é possível encontrar essa distinção, ou seja, na qual a ação afirmativa é definida como uma medida que objetiva a eliminação de desigualdades “historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros.”<sup>121</sup>

Como já abordado no capítulo anterior, o instituto também não encontra limites no plano puramente racial, podendo ser cotejado nas mais diversas áreas sociais. No entanto, especificamente no Brasil opina-se pela impossibilidade de utilizar este critério como fator de implementação de ações afirmativas; isso porque a utilização de suposto critério científico para discriminar grupos de pessoas – ou seja: o uso de “raça”, “etnia” ou “cor” como critério social e não científico – situa-se no âmbito estritamente histórico.

Some-se a isso que existe no Brasil um processo de miscigenação racial a ponto de não ser possível distinguir uma cultura afrodescendente típica, impoluta, em oposição à outra cultura, a qual, sob essa linha de raciocínio, seria dominante.

---

<sup>120</sup> CHARLES HARRI, Luke; NARAYAN, Uma. Affirmative action as equalizing opportunity: challenging myuth of preferential treatment. **National Black Law Jornal**. New York: Columbia Law School, 1999-2000. p.271.

<sup>121</sup> SANTOS, H.; *et al.* **Políticas públicas para a população negra no Brasil**. EUA: Organização das Nações Unidas. 1999. p.25.

Resgate-se ainda que a experiência norte-americana fracassou em função de as ações afirmativas considerarem apenas e tão somente o critério racial, sem o conjugar com outros fatores, tais como o econômico, o educacional, entre outros.

Não obstante, os parlamentares brasileiros insistem em normatizar ações afirmativas com fundamento em critérios raciais. Como exemplo desta prática tem-se o Projeto de Lei nº 3.198/00 – conhecido como Estatuto da Igualdade Racial –, de autoria do congressista Paulo Paim, proposta esta que aguarda manifestação da Câmara dos Deputados após aprovação no Senado Federal. A par de inúmeros dispositivos que determinam a reserva de percentual para afrodescendentes, aparentemente a obrigatoriedade de autotransclassificação é óbice inconstitucional insuperável.

Observa-se que há inúmeras ações judiciais<sup>122</sup> que contestam a reserva de cotas para afrodescendentes; existe, ainda, uma ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade – sob nº 2.858, proposta pela CONFENEN – Confederação dos Estabelecimentos de Ensino – contra leis estaduais que instituíram cotas no estado do Rio de Janeiro.

Para um debate caracterizado pela imparcialidade, salutar se torna registrar, no entanto, a opinião contrária de Flávia Piovesan, uma das autoridades mais conceituadas quando se trata de direitos fundamentais, no sentido de que:

A adoção de cotas raciais está em plena consonância com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. São um imperativo democrático a louvar o valor da diversidade. São um imperativo de justiça social a aliviar a carga de um passado discriminatório e a fomentar no presente e no futuro transformações sociais necessárias. Devem prevalecer em detrimento de uma suposta prerrogativa de perpetuação das desigualdades estruturais que tanto fragmentam a sociedade brasileira, conduzindo a uma discriminação indireta contra os afrodescendentes – eis que políticas

---

<sup>122</sup> Cf. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível nº 2006.33.00.002978-0; Mandado de Segurança nº 2003.33.00.007199-9; e Apelação Cível nº 2005.70.00.013067-9.

estatais neutras têm tido um impacto desproporcionalmente lesivo a esses grupos, mantendo estável a desigualdade racial.<sup>123</sup>

Convém ainda anotar a mesma opinião quanto a cotas no ensino superior. Em que pese alguns apregoarem que se trata do próprio retrato da desigualdade social brasileira<sup>124</sup>, aparentemente a adoção de cotas no ensino superior apenas difere o momento de utilização do discrimen. Observe-se que as cotas/reservas utilizadas para o ensino superior também são chamadas de cotas sociais, guardando-se o devido esclarecimento que se volta às instituições de ensino superior.<sup>125</sup>

Mais justo – e em consonância com a natureza das políticas públicas – seria a conjugação do fator racial com outros critérios, tais como o histórico escolar<sup>126</sup> ou este unicamente.<sup>127</sup> Não obstante o possível desnivelamento entre as escolas públicas e privadas, não há empecilhos a que um aluno com recursos suficientes para cursar a escola privada opte por fazê-lo na escola pública. Este discente poderá se beneficiar da reserva de cotas se não houver a conjugação do fator riqueza com o fator histórico escolar.

Cabe ainda mencionar que a principal crítica dispensada ao sistema de cotas sociais é a adoção do sistema meritório como critério que se contraporía à reserva de cotas. No entanto, compartilha-se da mesma oposição de Sidney Madrugá a esta crítica no sentido de que:

---

<sup>123</sup> PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, 2011. p.261.

<sup>124</sup> Cf. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. **Sistema de Indicadores Sociais (2004)**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2004: segundo dados deste Instituto, os brancos corresponderiam a 52,1% da população nacional, enquanto que os negros e pardos correspondem a 47,3%. No entanto, quando se trata de percentual por cor, entre estudantes de 18 a 24 anos no ensino superior, verifica-se uma discrepância exorbitante; dos brancos, 46,4% estão no ensino superior; já, entre os negros e pardos, apenas 14,1% (BRASIL 2005).

<sup>125</sup> Não foram encontrados exemplos ou notícias de reservas sociais no ensino fundamental ou médio.

<sup>126</sup> Na prática, um aluno de determinada raça/etnia/cor, guardadas as observações do tópico próprio, teria acesso à reserva de cotas apenas – e somente – se também o fosse oriundo de escola pública.

<sup>127</sup> O aluno oriundo de escola pública teria acesso à reserva de cotas, independentemente de sua raça/etnia/cor.

O sistema meritocrático posto como está protraí a desigualdade. Não se postula, de outra sorte, que a meritocracia seja excluída, mas que sejam levados em conta outros critérios que não digam respeito só ao intelecto (mensurado por meio de um teste específico de inteligência) e cujo desenvolvimento é afetado a depender da trajetória escolar do indivíduo. Neste caso, considerar-se-ia, além dos valores étnico-raciais, a sua condição econômica e sociocultural. Isto valeria, por exemplo, para os usuais padrões de admissão, até então utilizados, nas universidades públicas. No Brasil, a condição socioeconômica da criança ou do jovem influencia os seus dotes intelectuais e marca o seu trajeto, levando a competição escolar a não ser igualitária.<sup>128</sup>

Aparentemente, a reserva de cotas no ensino superior, independentemente do critério adotado, está a tratar da participação de certos indivíduos naquela etapa do aprendizado. Mais proveitoso – e perene – seria combater as causas da ausência de acesso destes indivíduos, especialmente aquelas ligadas à disseminação do conhecimento em etapas anteriores: ensino fundamental e médio.

Prosseguindo a análise do tema quanto à experiência brasileira, deve-se observar que o sistema constitucional pátrio, ao menos no que toca a este assunto, limitou-se a buscar uma mera “imitação” do modelo estadunidense, o qual, conforme já visto, produziu e reproduziu a segregação racial desde o início do sistema escravagista. Num estudo histórico-jurídico-comparativo, que buscou abordar as razões deste restrito entendimento, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann alerta que:

Na verdade, a grande perplexidade acerca dos estudos sobre as ações afirmativas no Brasil decorre do fato de que, até o momento, as pesquisas nacionais se limitaram à observação do modelo norte-americano e à conseqüente conclusão pela cópia do sistema. Assim, para chegar à ilação de que viveríamos um problema semelhante ao da sociedade estadunidense, os defensores das medidas afirmativas utilizam-se especialmente dos indicadores sociais, que demonstram a precária situação em que se encontram os negros no País. Destarte, a equação formada pela leitura precipitada e superficial do modelo norte-americano, conjugada com os índices sociais favoráveis para os negros no Brasil, parece ter sido o suficiente para que a

---

<sup>128</sup> MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.211.



implementação de ações afirmativas se tornasse, momentaneamente, o debate do dia.<sup>129</sup>

Além das críticas apostas ao modelo estadunidense e à constatação de que o Brasil buscou a adoção do modelo ora em discussão, faz-se mister a análise das disposições fundamentais que cuidaram das políticas públicas de combate à desigualdade.

Nesse sentido, serão exposta, em breve síntese, as razões históricas e jurídicas que fundamentaram a adoção das políticas pública de combate à desigualdade no Brasil, destacando-se as conquistas que marcaram o ideal de igualdade.

Com a volta de D. João VI a Portugal, D. Pedro I assumiu o Império e outorgou a primeira Constituição brasileira, em 1824. Como já havia a implementação de vários parâmetros liberais, esta Carta trouxe significativos dispositivos no âmbito da educação, tais como a gratuidade da educação primária e a criação de colégios e universidades. Sobre o assunto, Pedro Calmon a identificou como um “belo documento de liberalismo do tipo francês.”<sup>130</sup>

Com a proclamação da República – em 15 de novembro de 1889 – e o início da chamada República Velha, o País logrou a primeira Carta Magna do período republicano: a Constituição de 1891. Destaca-se a extinção dos foros de nobreza, ou seja, não se reconheceria privilégio aristocrático algum; seria institucionalizado o Estado “laico”; e o monopólio de registros civis passou ao controle do Estado, sendo criados os cartórios para os registros de nascimento, casamento e morte, bem como os cemitérios públicos, onde qualquer pessoa poderia ser sepultada, independentemente de seu credo. Embora se buscasse refletir os posicionamentos

---

<sup>129</sup> MADRUGA, Sidney. *op. cit.* p.212.

<sup>130</sup> CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira**. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial, 2002. p.203.

liberais estadunidenses, houve muita influência das oligarquias pela descentralização do poder.

Num salto temporal mais adiante, tem-se que Getúlio Vargas impediu a posse do presidente eleito, Júlio Prestes, por meio de um golpe armado. Para legitimar seu poder, criou-se a Constituição de 1934, inspirada na Constituição Alemã de Weimar, de 1917. Observa-se que, ademais de estabelecer o voto obrigatório e secreto a partir dos 18 anos e o direito a este pelas mulheres, foi prevista a criação da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral.

Convém chamar atenção para um interessante dispositivo da Constituição de 1934, influenciada pelas ideias socialistas da década de 1930, especificamente em seu artigo 138, a saber:

Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;
- c) amparar a maternidade e a infância;
- d) socorrer as famílias de prole numerosa;
- e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
- f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbididade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
- g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

Com apenas três anos de vigência, a Constituição de 1934 foi substituída por uma nova Carta Magna – de 1937 –, que veio a institucionalizar a ditadura de Getúlio Vargas. Ainda que para alguns tenha havido considerável retrocesso no plano dos direitos humanos previstos nesta Carta Maior<sup>131</sup>, a intervenção estatal na

---

<sup>131</sup> Convém lembrar que esta Constituição trouxe a previsão da pena de morte, suprimiu a liberdade partidária e anulou a independência dos poderes e a autonomia federativa, como exemplos mais marcantes da adoção de um sistema totalitário.

área econômica parece configurar a característica mais marcante deste momento histórico, especialmente no que se refere aos direitos humanos. Isso porque se promoveu uma aproximação entre empresariado e Estado, criando-se órgão que visasse um aperfeiçoamento do ensino e preparo de pessoas, disseminando o conhecimento como ferramenta de trabalho e inclusão social. Como exemplo cabe citar o SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – e o SENAC – Serviço Nacional do Comércio.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Convocada nova Assembleia Constituinte, com a participação de juristas de grande expressão – Aliomar Baleeiro, por exemplo – e renomados sociólogos – como Gilberto Freire – foi levada a efeito a elaboração da Constituição de 1946. Significativamente avançada para a época, esta Carta se destacou pela regulamentação de dispositivos relacionados aos direitos individuais, tais como igualdade de todos perante a lei; a liberdade de manifestação de pensamento, sem censura, a não ser em espetáculos e diversões públicas; a inviolabilidade do sigilo religioso; a liberdade de associação para fins lícitos; a inviolabilidade da casa como asilo do indivíduo; a garantia de prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente; e garantia ampla de defesa do acusado. Outras medidas também importantes foram a extinção da censura e da pena de morte; Instituiu, ainda, a independência dos três poderes; a autonomia dos estados e municípios; e estabeleceu a eleição direta para presidente da República, com mandato de cinco anos.

Em 1964, as Forças Armadas instituem, por meio de um golpe militar, uma ditadura de regime militar. Findou-se o pluripartidarismo – admitindo-se apenas dois partidos: Arena e MDB – e atribuiu-se poderes ao presidente para, dentre outros

poderes, fechar o Congresso Nacional, cassar mandados e suspender direitos políticos. Além disso, concedeu-se aos governantes militares autoridade absoluta sobre matérias políticas, eleitorais, econômicas e tributárias. Não é necessário um exercício de reflexão muito aprofundado para apreender que o Brasil, com esta nova dinâmica “governamental”, experimentou grande retrocesso na previsão constitucional referente aos direitos fundamentais, situação ultrapassada somente com a Constituição de 1988.

Chamada de “Constituição Cidadã”, a Carta Magna mais recente teve sua vigência a partir de 5 de outubro de 1988. As disposições expressas sobre políticas afirmativas, como é de se notar pelo leitor, foram tratadas nesta pesquisa em tópico anterior. Importante aqui destacar os atos normativos internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil a partir da promulgação desta Carta Constitucional, conforme compilação de Flávia Piovesan, a saber:

A partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil:

- a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20.07.1989;
- b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou degradantes, em 28.09.1989;
- c) a Convenção sobre os direitos da Criança, em 24.09.1990;
- d) o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, em 24 de janeiro de 1992;
- e) o Pacto Internacional dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24.01.1992;
- f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25.09.1992;
- g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27.11.1995;
- h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13.08.1996;
- i) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21.08.1996;
- j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20.06.2002;
- k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28.06.2002; e
- l) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos

armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantil, em 24.01.2004.

A estes avanços soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998.<sup>132</sup>

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou diversos dispositivos sobre ações afirmativas, dos quais se passa a partir de agora a cuidar na ordem em que foram dispostos.

Primeiramente, em seu artigo 3º, a Carta Maior dispõe que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, e regionais (inciso III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

Aparentemente, aqui se encontra um dos fundamentos constitucionais mais importantes das chamadas “cotas sociais”; aqueles que determinam a redução das desigualdades sociais. Usualmente, tratar-se-iam dos casos em que as políticas públicas afirmativas fixam percentual de acesso ao vestibular de alunos oriundos de escolas públicas. Também é possível visualizar outro fundamento neste dispositivo constitucional: a promoção – preservação e respeito – da diversidade.

Após, no inciso VIII de seu artigo 4º, dispõe sobre os princípios que a República Federativa do Brasil se rege em suas relações internacionais, trazendo repúdio ao terrorismo e ao racismo.

No rol de direitos e deveres individuais e coletivos, convém citar o *caput* do artigo 5º, pelo qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

---

<sup>132</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.134.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Também, no inciso I do referente artigo, reza que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. No inciso XLII, estabelece que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, enquanto no termos do inciso L normatiza às presidiárias a garantia de condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

No rol de direitos sociais, convém lançar luz sobre o artigo 7º, que trata da licença maternidade à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (inciso XVIII); a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (inciso XX); e a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI).

Ao dispor quais as competências comuns dos entes federativos, o artigo 23, cuidou de legislar sobre a saúde e assistência pública; da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso II); e do combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (inciso X).

No artigo 24, ao disciplinar a competência da União, dispôs em seu inciso XIV sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

Observa-se que, no *caput* do artigo 37, a Carta Magna vigente dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, dentre outros princípios, ao princípio da impessoalidade. No inciso VII deste artigo, dispõe que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos às pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

No artigo 143, ao mencionar que o serviço militar é obrigatório, disciplina que as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos de tal obrigatoriedade em tempo de paz, mas sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir, conforme previsão em seu § 2º.

Mais adiante, em seu artigo 183, dispõe que aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio – leia-se usucapião –, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. No parágrafo primeiro deste artigo, prevê que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Ao dispor, no artigo 189, que os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos, estabelece em seu parágrafo único que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

No artigo 201, disciplina que a previdência será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, diante de previsão legal, a aposentadoria (§ 7º) no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher (inciso I); sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades

em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal (inciso II).

Dispõe, ainda, em seu artigo 203, que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivos: a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV); e a garantia de salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (inciso V).

No capítulo referente à Educação, tem-se, especificamente no artigo 206, que o ensino será ministrado com base no princípio de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I).

Impõe, ainda, no artigo 208, que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (inciso III).

No artigo 224, ao disciplinar que, para os efeitos do disposto no capítulo – Da Comunicação Social – que abriga referido artigo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

Segue de forma primorosa em seu artigo 226, quando normatiza que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. No § 5º deste artigo, dispõe que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Finalmente, no artigo 227, estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à



cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Pelo § 1º deste artigo, o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: a criação de programas de prevenção e atendimento especializado às pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (inciso II). Em seu § 2º, estabelece que a lei disponha sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Diante de tais previsões constitucionais, as ações afirmativas – a rigor do conceito, conforme este trabalho – foram implementadas de formas isoladas.

Há ações afirmativas no plano infraconstitucional, conforme já alertado na introdução desta dissertação, tratando-se de medidas impostas com base no princípio da igualdade.

A Lei nº 8.666/93, especificamente no inciso XX de seu artigo 24, dispõe sobre a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Interessante

observar que não se cuida de previsão legal para assegurar o combate à desigualdade na seara ética ou racial.

De forma significativamente contemporânea, apresentou-se à Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban (31/08/2001), um documento oficial pelo qual o Brasil se comprometeu a adotar medidas afirmativas para a população afrodescendente, nas áreas da educação e trabalho. Tal postura pode ser observada no Relatório – publicado no site do Observatório da Cidadania – em que a socióloga Rosana Heringer compilou dados de setembro de 2001 a junho de 2002, a saber:

<b>Instituição Promotora</b>	<b>Projeto</b>	<b>Beneficiados/Critérios</b>
Ministério do Desenvolvimento Agrário Supremo Tribunal Federal Ministério da Justiça	Adoção de cotas para negros, mulheres e portadores de necessidades especiais nas empresas prestadoras de serviço às referidas Instituições promotoras.	20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% das vagas para portadores de necessidades especiais
Decreto Presidencial n.º 4.228/02, que institui o Programa Nacional de Ações Afirmativas.	O programa prevê a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos de comissão (DAS).	Metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência a serem definidas.

Plano Nacional de Direitos Humanos	Adotar no âmbito da União e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cargos e empregos públicos.	Participação de afrodescendentes de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira.
Plano Nacional de Direitos Humanos	Adotar no âmbito da União e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cargos e empregos públicos.	Participação de afrodescendentes de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira.

<b>Instituição Promotora</b>	<b>Projeto</b>	<b>Beneficiados/Critérios</b>
Instituto Rio Branco	Criação de bolsas de estudo para afrodescendentes em cursos preparatórios para o Instituto Rio Branco, responsável pelo treinamento de diplomatas brasileiros; serão 20 bolsas anuais pagas em 10 parcelas de R\$ 1 mil.	20 alunos por ano; o candidato deve informar no ato da inscrição se é afrodescendente.
Ministério da Educação	Diversidade da Universidade, cursos pré-vestibulares para afro-brasileiros e carentes, com apoio do BID.	Afro-brasileiros e carentes.

Universidade do Rio de Janeiro	O governador sancionou em 05/05/2002, a Lei 3.708/01 que determina a reserva de 40% das vagas nas universidades estaduais para "negros e pardos".	40% das vagas na Uerj e Uenf para "negros e pardos"
Uneb - Universidade Estadual da Bahia	Vai destinar 40% das vagas de todos os cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) para afrodescendentes	40% das vagas para afrodescendentes (pretos e pardos, segundo o IBGE)

Fonte: Relatório n.º 6. 2002. p.56-57.

Os dados retro expostos, no entanto, devem ser interpretados também quanto ao acesso na Instituição de Ensino daqueles excluídos pela reserva. Exemplifica-se com a Universidade Estadual da Bahia: o estabelecimento de 40% de vagas aos cidadãos "pretos e pardos" deve ser somado aos 5% ou 10% de vagas reservadas aos deficientes e aos 20% ou 30% destinadas às mulheres, concluindo-se que aquele intitulado "branco" contaria com apenas 20% a 35% das vagas.

Em 2002, foi criado um Programa por intermédio do Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002, que instituiu, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas. Interessante reproduzir a seguir, mesmo que de forma fragmentada, alguns trechos desta Norma, a saber:

Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:

I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afro-descendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS;

[...]

III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e IV -

inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

[...]

Art. 3º Fica constituído o Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas, com a finalidade de:

[...]

IV - articular, com parceiros do Governo Federal, a formulação de propostas que promovam a implementação de políticas de ação afirmativa;

V - estimular o desenvolvimento de ações de capacitação com foco nas medidas de promoção da igualdade de oportunidades e de acesso à cidadania;

VI - promover a sensibilização dos servidores públicos para a necessidade de proteger os direitos humanos e eliminar as desigualdades de gênero, raça e as que se vinculam às pessoas portadoras de deficiência;

VII - articular ações e parcerias com empreendedores sociais e representantes dos movimentos de afro-descendentes, de mulheres e de pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Em 21 de dezembro de 2009 foi criado o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, por meio de Decreto do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Trata-se de uma real carta de sugestões, eis que não possui cominações legais, tratando-se de uma proposição de políticas públicas na área de direitos humanos, com opinativos de trinta e um ministérios do Governo Federal.

No âmbito estadual, configura digna de nota a Constituição Estadual da Bahia – especificamente seu artigo 289 –, no que tange às sanções administrativas às empresas que praticam atos discriminatórios com reflexos sobre a possibilidade de participar de licitações e convênios públicos e até de parcelamentos de débitos, iniciativas também adotadas nos estados do Paraná e de Santa Catarina.

No município do Rio de Janeiro, a Lei Municipal nº 2.325, de 15 de maio de 1995, prevê, em seu artigo 1º, a inclusão de, “no mínimo, quarenta por cento de artistas e modelos negros na idealização e realização de comercial ou anúncio.” Na mesma esteira seguiu a cidade de São Paulo, com a Lei Municipal nº 12.353, de 13

de junho de 1997, assegurando a participação de indivíduos negros em eventos publicitários promovidos pela Prefeitura, mas sem estabelecer um percentual específico.

Há dois importantes projetos de lei no Congresso Nacional quanto às ações afirmativas: o Projeto de Lei do Senado nº 650/99, sendo que atualmente este Projeto aguarda aprovação da Câmara dos Deputados e possui como derivado o Projeto de Lei nº 6912/02, de autoria do senador José Sarney, e o Projeto de Lei do Senado nº 298/99, proposto pelo senador Antero Paes de Barros.

No tocante à jurisprudência, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>133</sup> pronunciou-se no Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.017091-7, relatado pela desembargadora federal Maria Lúcia Luz Leiria, em caso envolvendo Instituição de Ensino Superior e a instituição de cotas para negros e pardos no ingresso em seus quadros. No texto do Relatório tem-se que:

Não se discute, no presente processo, a constitucionalidade do sistema de cotas para ingresso no ensino superior. A questão posta para análise por este Juízo diz com a regularidade do procedimento adotado pela UFSM no caso concreto.

Exercendo a sua autonomia didático-científica e administrativa, a Universidade instituiu, por meio da Resolução nº 011/07, programa de ações afirmativas, estabelecendo reserva de vagas para estudantes afro-brasileiros, assim considerados os candidatos que se enquadrarem como pretos e pardos, conforme classificação adotada pelo IBGE. O IBGE, por sua vez, considera pretos ou pardos aqueles que assim se autodeclararem.

De acordo com o Edital nº 009/2008 - COPERVES foram reservados aos candidatos afro-brasileiros 11% das vagas em cada curso de graduação, sendo obrigação do candidato entregar uma autodeclaração, devidamente assinada, como comprovação de que é afro-brasileiro, sob pena de perda do direito à vaga na Universidade. O referido edital ainda estabelece que o preenchimento de todos os documentos que fazem parte do vestibular é de inteira responsabilidade do candidato.

---

<sup>133</sup> Há outros julgados deste mesmo tribunal que podem ser consultados, a saber: AG 2009.04.00.004495-0. Acórdão. Terceira Turma. Relator Des. Roger Raupp Rios. Julgado em 03/06/2009; AG 2009.04.00.007141-1. Decisão Monocrática. Terceira Turma. Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria. Julgado em 19/03/2009; APELREEX 2009.72.00.001078-7. Acórdão. Terceira Turma. Relator Des. João Pedro Gebran Neto. Julgado em 04/11/ 2009; AG 2009.04.00.004965-0. Decisão Monocrática. Terceira Turma. Rel. Des. Luiz Carlos de Castro Lugon. Julgado em 12/04/2009.

A agravante, no momento da inscrição, apresentou autodeclaração de sua afrodescendência, cuja cópia foi acostada à fl. 46, redigida de próprio punho e devidamente assinada.

No tocante à utilização de formulário próprio, nada obstante tenha sido disponibilizado pela Universidade formulário modelo para a autodeclaração da condição de afro-brasileiro, não há no edital qualquer referência à necessidade de realização da referida declaração por meio daquele modelo. Ademais, a mera formalidade consistente no meio pelo qual a declaração é apresentada não poderia impedir o exercício do direito à reserva de vaga na universidade, sob pena de se privilegiar a forma em detrimento do exercício regular de um direito social assegurado pela Constituição Federal.

Portanto, no caso em tela, tenho que a agravante cumpriu as exigências contidas no edital.

Nada obstante as normas em questão contenham a previsão de concessão do benefício em comento (reserva de vaga) aos afro-brasileiros assim autodeclarados, não vejo como afastar o direito dos autodeclarados afrodescendentes ao benefício em tela. Ocorre que, muito embora não se trate de expressões sinônimas, ambas identificam pessoas com ascendência africana. A adoção de entendimento diverso implicaria no desvirtuamento do programa de ações afirmativas instituído pela agravada, que traz como um dos objetivos principais a democratização do acesso ao ensino superior público no País.

Aliás, a expressão "afrodescendente" é um gênero, enquanto afro-brasileiro é espécie. Assim, temos também afro-americanos e afro-nipônicos, entre outros. O que, em espécie alguma, pode ser entendido de forma estreita, capaz de inadmitir no sistema de cotas afrodescendentes com miscigenação de outras raças.

Em relação à entrevista à qual foi submetida a agravante, ressalto que o item 9.19 do Edital nº 009/2008 prevê que os casos omissos serão resolvidos pela Comissão Permanente de Vestibular (COPERVES) da UFSM. Cumprindo este desiderato, foi instaurado pela COPERVES procedimento administrativo com o objetivo de realizar o controle da legalidade do ato administrativo em discussão, na presença inclusive de membros do Movimento Negro, procedimento este que culminou com o cancelamento da matrícula da agravante.

Não há, pois, ilegalidade na realização da entrevista. Contudo, tenho que as declarações da agravante não podem servir de fundamento para a sua exclusão do programa de ações afirmativas. O fato de não ter vivenciado nenhuma situação que possa ser definida como racismo, assim como o de somente ter se declarado parda por ocasião do vestibular, bem como o de não ter sofrido nenhuma discriminação racial, não tem o condão de afastar a condição de afrodescendente da candidata. Condição esta que constitui o único requisito exigido pela Universidade para a concessão do benefício de reserva de vaga. Ou seja, o que se exige do candidato é a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo.

Presente, portanto, a verossimilhança do direito alegado.

De outro lado, a iminência do início do período letivo configura a urgência da necessidade da prestação jurisdicional, motivo pelo qual também tenho como presente o perigo da demora.

Quanto ao prequestionamento, não há necessidade do julgador mencionar os dispositivos legais e constitucionais em que fundamenta sua decisão, tampouco os citados pelas partes, pois o enfrentamento da matéria através do julgamento feito pelo Tribunal justifica o conhecimento de eventual recurso pelos Tribunais Superiores (STJ, REsp nº 155.621-SP, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13-09-99).

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento.

Quanto ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, percebe-se uma interpretação que visa alargar o sentido de acesso por ações afirmativas. Na Apelação em Mandado de Segurança nº 0001033.73.2009.4.01.4000/PI, a Corte houve por bem aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, decidindo pela matrícula de aluno que cursara uma única série em escola particular. Na ocasião foram citados precedentes sobre a interpretação e os objetivos do instituto, conforme se apreende do texto a seguir:

[...]

O sistema de cotas instituído na Universidade Federal da Bahia tem finalidade social, por isso, conforme foi ressaltado na sentença, “o critério eleito pela acionada - ser o estudante oriundo de escola pública - deve ser interpretado teleologicamente. A interpretação literal do requisito multicitado, priorizando a classificação formal da escola sob exame em pública ou particular, à luz de rigor teórico, não é útil para o atendimento dos fins visados pelo instituto em questão. (AC 2005.33.00.016434-5/BA, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ de 05/02/2007, p. 139).”

[...]

III. Deve-se assegurar à estudante o direito à matrícula, sobretudo considerando o objetivo do sistema de cotas, que é facilitar o acesso à educação a alunos hipossuficientes, em consonância com julgamento deste tribunal: "O Programa de **Ações Afirmativas**, que embasa a edição da Lei Distrital nº 3.361/2004, e seu decreto regulamentador relativamente ao concurso vestibular, tem como objetivo ampliar as possibilidades de acesso aos cursos de graduação oferecidos no âmbito do Distrito Federal aos candidatos oriundos de segmentos sociais historicamente marginalizados ou presumivelmente carentes (AGA 2009.01.00.016031-7/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.148 de 03/07/2009)." (grifo no original)

[...]



No mesmo sentido, em caso análogo, tem-se o Agravo Regimental em Apelação em Mandado de Segurança sob nº 0013369-46.2007.4.01.3300/BA: acórdão de 10/12/2010. Apelação em Mandado de Segurança nº 00059933820094013300/BA. Trata-se de casos nos quais houve declaração de que a hipossuficiência restaria comprovada, em que pese as cotas restarem previstas apenas para alunos oriundos de escolas públicas.

Aparentemente, o mesmo raciocínio foi empregado na Apelação de Mandado de Segurança sob nº 2008.36.00.001698-3/MT (acórdão de 15/12/2010), pelo qual se decidiu a favor de matrícula via PROUNI – Programa Universidade para Todos – de estudante vindo de escola particular, mas que a cursara com 95% de bolsa.

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a Apelação em Mandado de Segurança, sob nº 2002.03.99.021753-9, julgada em 12/11/2010, Juiz Convocado Wilson Zauhy, decidiu-se o seguinte:

Ementa: Tributário. Imposto sobre Produtos Industrializados. IPI. Isenção na compra de automóveis. Deficiente físico. Ação Afirmativa. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

1.994, veículo automotor adaptado às suas necessidades de locomoção, veículo esse sem similar nacional.

2. Na época estava em vigor a Lei n. 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que garantia aos deficientes a isenção do IPI sobre automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas, inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por pessoas que, em razão de serem portadoras de deficiência física, não possam dirigir automóveis comuns (art. 1.º e inciso IV).

3. Não obstante a previsão legal de restringir a condição do veículo a certas condições objetivas, especialmente fabricação nacional e limite de capacidade do motor, o certo é que a indústria nacional, à época, não fornecia veículo com as condições especiais requeridas pela situação do Impetrante.

4. A interpretação dada pela sentença ao caso concreto há de ser mantida, vez que ancorada no postulado constitucional que garante ao deficiente "o acesso a logradouros e veículos" (CF. art. 244), bem como em Tratado Internacional que prevê a igualdade tributária (GATT, art. 3., Parte II, n. 2).

5. Interpretação consonante com orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para quem essa espécie de benefício, em verdade, consagra o postulado das "ações afirmativas" (RESP 567873, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 25/2/2004, p. 120).
6. Apelação e remessa oficial improvidas.

Finalmente, a mais alta Corte pátria já fez referência à matéria e teve oportunidade de firmar entendimento da relevância da causa no julgamento 3388, referente à Petição relatada pelo ministro Carlos Britto, em 19/03/2009, no famoso caso da "Reserva Raposa do Sol", aduzindo a natureza compensatória, constitucional e de objeto às minorias historicamente discriminadas. Convém, para melhor ilustrar a questão, reproduzir trecho do julgado, a saber:

A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

No Recurso Extraordinário sob nº 597285/RS, relatado pelo ministro Ricardo Lewandowski e julgado em 17/09/2009, firmou-se entendimento pela relevância jurídica e social da questão constitucional, conforme se apreende do texto jurisprudencial a seguir:

Ementa: Constitucional. Ensino Superior. Sistema de reserva de vagas ("Cotas"). Ações afirmativas. Relevância jurídica e social da questão constitucional. Existência de repercussão geral.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Eros Grau. Não se manifestaram os Ministros Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Ministro Ricardo Lewandowski, Relator

Ao findar o presente capítulo, espera-se que o leitor tenha absorvido informações precisas sobre a temática que envolve as ações afirmativas, entre outras, a sua evolução histórica, conceituação e o sistema norte-americano.

Todavia, também há que se apontar, para um maior enriquecimento da presente pesquisa, as ações estatais referentes às ações afirmativas, o que será levado a efeito no próximo capítulo.

## **4 MECANISMOS DAS AÇÕES ESTATAIS AFIRMATIVAS**

Neste último capítulo, e em se tratando de políticas públicas, resta a questão voltada aos seus instrumentos de implementação, ou seja, atos legislativos ou administrativos. Assim, a partir de agora se inicia a abordagem referente aos mecanismos utilizados na execução das políticas públicas de combate à discriminação social.

Destaque-se que se julgou importante analisar a questão do controle de tais mecanismos em separado, mesmo porque a possibilidade de intervenção judicial já foi abordada por ocasião do capítulo referente às políticas públicas.

No entanto, convém destacar que o estudo ora levado a efeito parte do instituto das políticas públicas, delimitando-se aos mecanismos utilizados pelo Poder Público e enfocando eventual irregularidade na atuação do Estado.

### **4.1 Das políticas legislativas**

A partir da conceituação do que seja “política pública”, e daquilo que se entende por sua espécie – políticas públicas afirmativas –, passa-se agora a cuidar daqueles mecanismos até então existentes para elaboração de tais decisões governamentais.

Primeiramente, convém uma introdução no estudo da instituição de políticas públicas afirmativas por meio de atos legislativos e, após, tratar de tais institutos no que diz respeito aos atos normativos e de execução, considerando-se especialmente a questão orçamentária.

Quanto à primeira forma de manifestação de política pública afirmativa, cumpre situar a atual realidade de Estado e sua intervenção na sociedade, ainda que já se tenha abordado este tema com outra intenção que não a cuidar da implementação de políticas públicas afirmativas por atos legislativos.

Resgate-se que, nesta pesquisa, já foi analisada a atual fase do instituto “Estado”, concluindo que se está a verificar os atos legislativos de um modelo de Estado intervencionista. Como adverte A. Saddy:

É esse o Estado garantia: regulador do mercado, presente na economia como um *stratega* (estrategista) e não um *pilote* (piloto); essa nova função descaracteriza o Estado produtor e traz o fim de um dirigismo econômico, fazendo com que o Estado passe a especializar-se em diversos setores e segmentos, abandonando a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la a técnica, a interpretação de conceitos técnicos para implementação de políticas públicas por meio de atos normativos, executivos e judicantes: é o Estado regulador.<sup>134</sup>

Destaque-se a atual ideia de separação de poderes, a qual encontra ênfase não mais nas funções típicas exercidas, mas naquele sistema de controle recíproco, o que hodiernamente veio a se chamar de “contenção do arbítrio”. Sobre o assunto, primorosas são as lições de Cláudio Pereira Souza Neto no sentido de que:

A ênfase do núcleo material do princípio da separação dos poderes, que repousa na idéia de contenção do arbítrio, é muito importante para se definir de que forma tal princípio constitucional pode atuar na vinculação dos atos estatais e na limitação material do poder de reforma. Sob esse prisma, pode-se criticar, p. ex., a jurisprudência do STF que, antes da Emenda Constitucional 32, de 2001, autorizava a reedição ilimitada de medidas provisórias. [...] A jurisprudência do Tribunal merece ser criticada não por uma intromissão excessiva do executivo na função típica do legislativo, mas por levar a uma concentração excessiva de poder. O que se violava, com a anterior possibilidade de reedição ilimitada de medidas provisórias, era o próprio núcleo material do princípio da separação dos poderes, que reside na contenção do arbítrio.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> SADDY, A. *op. cit.* p. 74.

<sup>135</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.115.

Há que se entender que o combate à desigualdade social pode ser feito por meio de atos legislativos, tais como aqueles citados quando se tratou da experiência brasileira acerca do instituto. Interessa, nesta oportunidade, a peculiaridade de tais atos legislativos e os reflexos do uso deste mecanismo de implementação no que diz respeito à tutela jurisdicional.

Conforme já exposto, o combate à discriminação social buscado pelo legislador diz respeito à igualdade voltada a uma pré-determinada parcela de indivíduos, especialmente aquela que possa ser delimitada e separada dos demais integrantes do grupo.

Frise-se que a política pública afirmativa, assim como todas as demais políticas públicas, está voltada à igualdade de participação dos indivíduos no agrupamento social. Todavia, no que tange às ações afirmativas, ao contrário das demais políticas públicas, possui como destinatário específico e pré-determinado os agentes sociais que compõem um grupo delimitado e separável dos demais.

No seio do grupo não há como determinar quais seriam os destinatários desta política pública afirmativa, haja vista que, a princípio, todos poderiam ser agraciados com os benefícios de tal política. Apesar da redundância na afirmação, a política pública afirmativa visa a um grupo e não a indivíduos, mas uma parcela dos partícipes do agrupamento pode não ser agraciada pela medida em razão de não ser o destinatário específico da ação, pelo menos naquela oportunidade.

Fixadas essas premissas, convém agora abordar brevemente sobre o controle de tais atos legislativos quando se está diante de seu excesso ou de sua ausência, aqui entendida como omissão.

Quanto ao excesso, o controle judicial ocorrerá no âmbito do próprio controle de constitucionalidade, mas nunca no caso concreto pelo indivíduo supostamente

vitimado pela implementação da política afirmativa. Para melhor ilustrar esta concepção, convém apresentar a exemplificação referente a um candidato preterido no ingresso de uma instituição de ensino, eis que seu lugar fora preenchido por outro vestibulando que se incluiria em um grupo agraciado por uma política pública afirmativa. Aparentemente, a tutela jurisdicional a ser buscada diz respeito ao interesse coletivo e não individual; isso porque a reserva de cotas não fora imposta contra ele, especificamente, mas a favor de um determinado grupo.

Portanto, faltaria a este candidato interesse de agir, eis que o resultado configura reflexo das regras previamente estabelecidas e de ciência do interessado. Seria o mesmo que afirmar que o vestibular não visou excluir este determinado candidato. Sob essa ótica, conveniente se torna consultar José Carlos Evangelista de Araújo para entender que “desta forma as ações afirmativas não tolheram nenhum direito subjetivo do candidato” haja vista que o mesmo “pôde inscrever-se e competir nas mesmas condições especificadas para aqueles que se encontravam na mesma situação que ele, tendo sido os resultados estabelecidos de acordo com as regras e dispositivos previamente dispostos.”<sup>136</sup>

Entenda-se que o interesse é de uma determinada coletividade, ou seja, um grupo pré-determinado pela política pública afirmativa ao cotejar o quesito sociabilidade para o caso. O autor retro citado ainda vem esclarecer com primazia que:

Isto ocorre porque as políticas públicas, baseadas em ações afirmativas, quando implementadas por quaisquer dos poderes estatais, seja por via legislativa ou administrativa – como seria o caso de sai instituição por uma universidade publica, com base em sua autonomia reconhecida constitucionalmente –, atuam em defesa do interesse de uma dada coletividade.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *op. cit.* p.141.

<sup>137</sup> *Ibidem.* p.140.

Acrescente-se que a generalidade da política pública retira, ainda, a legitimidade do grupo de indivíduos no qual supostamente este candidato preterido restaria inserido. Partindo da premissa de que um grupo de indivíduos poderia ser legitimado a ingressar em juízo, no caso em apreço lhe faltaria interesse na demanda.

Ilustra-se também com situação em que este candidato, caucasiano (hipoteticamente) e, portanto, inserido no “grupo dos caucasianos”. Não haveria, no entender do autor desta dissertação, interesse deste grupo contra a política pública afirmativa que embasou o ato que preteriu aquele candidato em particular. Por essa razão, discorda de José Carlos Evangelista de Araújo quando este afirma que “nesse sentido, se algum interesse foi lesado, este pertence a todo o grupo no qual se inclui o candidato dissidente – ou seja, todos os candidatos ‘caucasianos’ excluídos ou prejudicados em face dos benefícios instituídos pela ação afirmativa.”<sup>138</sup>

Especificamente nesta questão, convém buscar subsídios no voto do desembargador federal Roger Raupp Rios, especificamente no Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.004495-0/SC do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Referido relator entendeu que:

A rigor, falta-lhes legitimidade ativa para perseguir em juízo provimento judicial ancorado em tais fundamentos. Com efeito, a correta aplicação do sistema de ações afirmativas por reserva de vagas sociais não é direito individual que assiste a alguém em específico, salvo aqueles que teriam direito a matrícula porque, matriculados nas vagas reservadas por critério social, viram seu direito a matrícula preterido em virtude da inclusão de candidato que não faria jus a estas vagas.

Nesse sentido, aparentemente o candidato, supostamente preterido em decorrência da previsão legal de uma política pública, poderia ser indiretamente

---

<sup>138</sup> ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. *op. cit.* p.141.



beneficiado pela tutela jurisdicional, caso se questione a política pública e, a partir daí, busque-se alteração no quadro classificatório da instituição de ensino.

Arriscar-se aqui a inferir que a tutela jurisdicional só poderia ser buscada pelo remédio jurídico intitulado “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, e unicamente por seus legitimados.

O fundamento seria o desrespeito ao próprio preceito fundamental da igualdade. Considere-se aqui as acepções de preceito fundamental numa corrente doutrinária a afirmar a necessidade de se considerar fundamental o preceito quando o mesmo apresentar-se como imprescindível, basilar ou inafastável<sup>139</sup>; some-se a isso outra linha de pensamento a pregar que preceito fundamental é expressão que abrange mais do que princípios fundamentais (C.F., arts. 1º a 4º).<sup>140</sup>

Quanto aos legitimados, o artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, dispõe que podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Não obstante o posicionamento do autor desta pesquisa, deve-se fazer referência ao Projeto de Lei nº 3.198/00, de autoria do deputado federal Paulo Paim, buscando instituir o já citado “Estatuto da Igualdade Racial” em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, dando, também, outras providências. Tal projeto está apenso ao Projeto de Lei nº 6912/02, derivado, como já exposto, do Projeto de Lei do Senado 650/99. No intuito de se proporcionar mais subsídios ao leitor, cabe a seguir reproduzir pequeno trecho da previsão, a saber:

---

<sup>139</sup> TAVARES, André Ramos. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Atlas, 2001. p.52.

<sup>140</sup> VELOSO, Carlos. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

Art. 64. Para a apreciação judicial das lesões e ameaças de lesão ao interesse da população afro-brasileira decorrentes de situações de desigualdade racial, recorrer-se-á à ação civil pública, disciplinada na Lei n. 7.347/85, de 24 de julho de 1985.

§ 1º. Nas ações referidas neste artigo prevalecerão:

I – o critério da responsabilidade objetiva;

II – a inversão do ônus da prova, cabendo aos acionados provar a adoção de procedimentos e práticas que assegurem o tratamento isonômico sob enfoque racial;

§ 2º. As condenações pecuniárias e multas decorrentes das ações tratadas neste artigo serão destinadas ao fundo de promoção da Igualdade Racial.

No que toca a ausência do devido ato legislativo a implementar a política pública, o caso aparentemente se resolve pela inconstitucionalidade por omissão. A lacuna legislativa seria inconstitucional na medida em que impede a eficácia do comando constitucional que determinou a implementação da política pública afirmativa por ato normativo legal. O texto constitucional, especificamente no § 2º de seu artigo 103, trata especificadamente da inconstitucionalidade por omissão, apresentando a redação no sentido de que, declarada a inconstitucionalidade “por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Nesse sentido, muito eficaz se torna buscar os ensinamentos de Flavia Piovesan, entendendo a autora que, ao se tecer um paralelo com a “inconstitucionalidade por ação, pode-se afirmar que, se esta opera no campo da validade normativa, a inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.”<sup>141</sup>

Não se deve descuidar, ainda, da obrigação de se implementar uma espécie específica de política pública. Para Clemerson Merlin Cleve é o procedimento mais apropriado “para a declaração da mora do legislador, com o conseqüente

---

<sup>141</sup> PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, 2006. p.101.

desencadeamento, por iniciativa do próprio órgão remisso, do processo de suprimimento da omissão inconstitucional.”<sup>142</sup>

No mais, A legitimidade ativa é concedida às pessoas enunciadas, em *numerus clausus*, no artigo 103, incisos I a IX, da Constituição Federal brasileira vigente, sendo esse rol repetido no artigo 2º da Lei nº 9.868, que trata do processo e julgamento da ADIn, bem como da Ação Declaratória de Constitucionalidade, perante o STF.

Note-se que se faz referência à posição majoritária da doutrina de que a decisão do STF na ADIN por omissão possui como resultado apenas a ciência da declaração de inconstitucionalidade ao órgão omissor.

No entanto, aparentemente apresenta-se mais em consonância com as posições adotadas neste trabalho, e em homenagem aos valores constantes das normas de direitos fundamentais, a posição de Flávia Piovesan. Para esta autora, o STF deve impor um prazo ao órgão omissor com vistas à regulamentação do preceito constitucional e, inerte este, poderia referida Corte Maior dispor normativamente da matéria enquanto permanecesse aquela inércia. E vai mais além esta renomada doutrinadora quando explica que:

Caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade de o Poder Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige regulamentação.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. **Medidas provisórias**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.340.

<sup>143</sup> PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, 2006. p.127.

Resta ainda, o chamado Mandão de Injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, apresentando a Norma redação nos seguintes termos: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Ademais de necessária regulamentação, esta jamais fora realizada, o que culminou na posição do STF pela sua auto-aplicabilidade. Por analogia, aplica-se o procedimento do Mandado de Segurança, enquanto não houver a mencionada regulamentação.

Sobre o tema, a autora retro citada explica que o Mandado de Injunção tem como objeto assegurar o exercício “a) de qualquer direito constitucional não regulamentado; b) de qualquer liberdade constitucional não regulamentada e c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, também quando não regulamentadas.”<sup>144</sup>

Pode-se entender que esta ação não é um mecanismo de controle da constitucionalidade, distinguindo-se da ADIn por omissão, mas um instituto que pode ser utilizado para o exercício de direitos por falta de norma regulamentadora, prescindindo da comprovação de que a falta desta torna inviável o exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

No âmbito do texto constitucional, compete ao STF processar e julgar o Mandado de Injunção nas hipóteses do artigo 102, inciso I, alínea “q”<sup>145</sup>; e ao STJ nas hipóteses do artigo 105, inciso I, alínea “h”<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, 2006. p.140.

<sup>145</sup> “[...] quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; [...]”

<sup>146</sup> “[...] quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; [...]”

A competência recursal está prevista no artigo 102, inciso II – a competência do STF para julgar em recurso ordinário o mandado de injunção, quando decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão –, também da Carta Constitucional.

Legitimados ativos são todas as pessoas detentoras dos direitos previstos na Constituição, impedidas de exercitá-los em face da ausência de norma regulamentadora.

Não obstante a corrente majoritária dentro do STF equiparar o mandado de injunção à ação de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que entende caber ao Judiciário apenas a notificação da inconstitucionalidade ao órgão – ou autoridade – competente para supri-la, compartilha-se nesta pesquisa da opinião de Flávia Piovesan à semelhança de seu entendimento quanto aos efeitos da decisão na ADIn por omissão. Para a autora “a decisão judicial preenche, mas não elimina a lacuna do sistema jurídico. A eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Poder Legislativo, quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata faltante.”<sup>147</sup>

Finalmente, observa-se a diferença entre a ADIn por omissão e Mandado de Injunção na esteira da autora retro exposta, entendendo-se que este último “tem por finalidade tornar viável o exercício de um direito fundamental no caso concreto” enquanto a “a inconstitucionalidade por omissão visa conferir efetividade à norma constitucional, atacando a inconstitucionalidade em tese.”<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, 2006. p.160.

<sup>148</sup> *Ibidem.* p.179.

## 4.2 Atos normativos e de execução: a questão orçamentária

Observa-se que os atos governamentais podem ser abstratos e concretos, sendo certo que os primeiros dizem respeito aos atos que são normativos e de exclusiva competência do administrador público, enquanto os segundos estão relacionados à atividade administrativa concreta – ato administrativo e procedimento administrativo. Interessa a esta pesquisa aqueles primeiros, eis que afetos estão a uma generalidade que possibilita a implementação com relação ao grupo.

Não se deve descuidar, no entanto, que se está a tratar de atividades administrativas e, assim, subordinadas ao império da legalidade, aqui tomado no sentido mais amplo, eis que abarca o atendimento dos comandos constitucionais. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso é deveras coerente quando afirma que:

A política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.<sup>149</sup>

Conforme já demonstrado neste trabalho, atravessou-se uma etapa do estudo jurídico em que princípios são considerados normas e o centro do Direito passa a ser a própria Constituição<sup>150</sup>, fazendo com que a Administração Pública obedeça não apenas à legalidade em si, mas atente-se para todo o sistema jurídico.

A esta última característica, alguns doutrinadores chamaram de princípio da juridicidade, por intermédio do qual a Administração Pública – diante da

---

<sup>149</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.730.

<sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do Direito. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.509: sobre a constitucionalização do Direito, este autor aduz sobre “a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde passou a desfrutar não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica.”

impossibilidade da programação legal exauriente da conduta administrativa – não se vincula somente à lei, mas ao Direito como um todo, inclusive aos princípios constitucionais.<sup>151</sup>

É possível reconhecer que o direito administrativo contemporâneo está impregnado de valores, o que importa subordinar a decisão governamental aos problemas da existência coletiva – e individual – dos cidadãos e, assim, à incidência de uma principiologia relacionada aos direitos fundamentais.

A determinabilidade das políticas públicas está relacionada ao bem coletivo, ao interesse comum, e não a setores isolados ou reclamos individuais, não se podendo simplificar uma decisão governamental para com seu aspecto econômico apenas como mero reflexo ou questão secundária dos reclamos mercadológicos.

Assim, visa-se o interesse da maioria da população, como ato governamental por excelência, não se podendo concluir pela validade daquela submissa e decidida com base em para atender exclusivamente a interesses isolados.

Em que pese a petulância do autor desta pesquisa, não assiste razão a Paulo Meksenas quando ao autor afirma que:

Outro aspecto das contradições presentes nas relações políticas do Estado implica a exclusão das classes trabalhadoras nas instâncias de decisão e gerenciamento das políticas públicas e, ao mesmo tempo, no apelo para a incorporação das demandas dessas classes na extensão dos direitos sociais. Tal aspecto integra o receituário de medidas que garantem a legitimidade das condições de governabilidade presentes no Estado frente ao conjunto da sociedade. Assim, a intervenção estatal que ocorre por meio das políticas públicas emerge numa complexa disputa pelo poder relacionado às contradições econômicas e políticas.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> Sobre o princípio da juridicidade, conferir: ENTERRÍA, Garcia de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, 1999, p. 429; SESIN, Domingo J. *Administración Pública. Actividad reglada, discricional e técnica*, 1994; e OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003.

<sup>152</sup> MEKSENAS, Paulo. *op. cit.* p.77-78.

Observa-se que existem duas visões sobre a determinabilidade das políticas públicas, a saber: de um lado a visão liberal do sistema capitalista, defendida em especial por Locke, Rawls e Nozick, afirmando que as políticas públicas são subordinadas ao mercado; de outro lado existem estudiosos a defender a ideia de que existe uma determinação mútua entre o mercado e as políticas públicas como, por exemplo, Marx, Lênin e Luxemburgo.

Portanto, as políticas públicas são atos ou normas que visam o bem coletivo e não guardam vínculo de determinabilidade com o mercado. Esta última observação parece importante na medida em que cresce a ideia de vínculo entre mercado e política, especialmente em se tratando da atividade de fomento.<sup>153</sup>

Destaque-se que a Constituição Federal brasileira de 1988 – especialmente em seu artigo 165 – dispõe acerca de instrumentos orçamentários que expressam a própria faceta das políticas públicas, quais sejam: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Cabe ressaltar, ainda, que a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, aduz expressamente a política econômica, financeira e o programa de trabalho do governo. Para melhor ilustrar esta questão, convém citar o artigo 2º desta Norma prevendo que “a Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica, financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.”

No entanto, é de se entender que toda e qualquer ação de assistência social deve ter sua fonte de custeio nos termos do artigo 195, § 5º, da Carta Magna pátria, o que se traduz em requisito imposto a toda política pública afirmativa, tomado este dispositivo ainda que por analogia.

---

<sup>153</sup> É possível acreditar não parecer que a subvenção a fiscal a um determinado ramo industrial por fabricar objetos voltados a deficientes, por exemplo, possa advir dos reclamos mercadológicos.



A mera falta de recurso impossibilita a implementação daquela política pública que diga respeito a atos que demandem a intervenção indireta na sociedade, como, por exemplo, o fomento de grupos discriminados em setores específicos. A título de exemplificação, tome-se a impossibilidade momentânea de implementar uma política pública afirmativa que consista em bolsas de estudo aos deficientes.

Sob essa ótica, cumpre trazer à baila a doutrina de Gilberto Bercovici, para quem:

O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação do *status quo* econômico e social.<sup>154</sup>

Quanto ao controle judicial, em se tratando de políticas públicas afirmativas implementadas por atos administrativos, aparentemente o controle diz respeito à ausência, em um primeiro momento, e à falta de atendimento à norma, posteriormente.

No que toca à ausência, descarta-se qualquer posição quanto a suposto controle com base no princípio da moralidade, eis que não parece adequado vincular o tema com a ideia de desonestidade. Com base no exposto acerca dos fundamentos sociológicos, jurídicos e axiológicos das políticas públicas afirmativas, pode-se concluir que não há qualquer ofensa ao princípio da moralidade. Convém esclarecer primeiramente, e em breve conceito, com base na Carta Maior brasileira, que em seu artigo 37 dispõe que: “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes

---

<sup>154</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.69/70.

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade [...].”

Já, na doutrina, interessante se torna colher subsídios no posicionamento de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, para quem:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.<sup>155</sup>

Diante do exposto, pode-se entender que seria justamente a ausência de políticas públicas afirmativas que poderia configurar ofensa ao princípio da moralidade<sup>156</sup>, eis que se manteria um contexto social de injustiça onde a diversidade seria pautada pela falta de acesso de alguns à participação no grupo.

Quanto ao controle posterior, resta a indagação sobre qual parcela desta decisão governamental seria passível de controle ou, por raciocínio inverso, qual parte do ato executivo estaria imune a este controle. Analisa-se, assim, a chamada “reserva de administração”, ideia criada para identificar aquela porção da decisão governamental imune à ingerência indevida de outro poder estatal.

Oportuno esclarecer aqui que não se trata de verificar a possibilidade de ingerência em atos administrativos concretos, mas o âmbito de ingerência/controlado nas decisões governamentais.

---

<sup>155</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p.111.

<sup>156</sup> Não se adentrará na discussão acerca da natureza do – ora assim chamado – princípio da moralidade. Alguns autores, atribuem a este tão somente um caráter de sub-princípio ou integrante do princípio da legalidade.

Primeiramente, convém valer-se do conceito de J. J. Gomes Canotilho, no sentido de que por “reserva de administração entende-se um núcleo funcional de administração ‘resistente’ à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento.”<sup>157</sup>

Embora STF já tenha se pronunciado acerca de sua função de “legislador negativo”, aparentemente a ingerência do Poder Judiciário nos atos administrativos abstratos se fazem por meio das chamadas “sentenças aditivas”. Guastini leciona acerca do significado dessa espécie de decisão no sentido de que:

Denominam-se sentenças aditivas aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, na parte que não expressa determinada norma, que deveria conter para ser compatível com a Constituição.

Por via de regra, esse tipo de sentença decorre da aplicação do princípio da igualdade naquelas situações em que alguma lei concede um benefício a certo grupo de pessoas, deixando de contemplar outros indivíduos que se encontram em igualdade de condições com os beneficiados. Nesses casos, a Corte declara inconstitucional a norma na parte que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído. Como, por outro lado, essa parte da norma não existe, até porque não integra formalmente o texto – e o texto é o portador do significado, como adverte Ricoeur –, o que a Corte faz, em tese, é criar uma norma autônoma, que estende aos excluídos o benefício antes concedido apenas aos indivíduos expressamente contemplados no texto/norma objeto de julgamento.

Daí se dizer [...] que nesses casos, em rigor, a Corte não declara a inconstitucionalidade do texto/norma que delimita o universo dos seus beneficiários – o que lhes cancelaria o benefício sem concedê-lo aos demais –, mas sim a de outra norma, implícita, extraída do texto com o argumento em contrario, ou seja, daquela norma que nega o mesmo direito a indivíduos merecedores de idêntico tratamento. Isso só é possível – arremata esse mestre italiano –, porque se entende que a anulação de uma norma que nega determinado direito implica a concessão do direito por ela negado.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p.739.

<sup>158</sup> *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.147-148.

Sob essa ótica, não é de se entender que o controle jurisdicional acerca da reserva administrativa – e especificamente no que tange as políticas públicas afirmativas – possa refletir numa usurpação de funções entre órgãos.

Finalmente, analisa-se a influência da questão orçamentária na implementação da política pública afirmativa.

A repercussão de se impor a adoção de ações afirmativas pode gerar consequências indiretas que devem guardar relação com o objetivo da norma instituidora e dos direitos dos atingidos. A título de exemplo, a política pública afirmativa que alcance o lucro de uma concessionária não pode ser cerceada sob o argumento de que violou o equilíbrio contratual da licitação.

Na ADIn do Distrito Federal, sob nº 2649, julgada em 08/05/2008 pelo Tribunal Pleno e com publicação em 17/10/2008, cuja relatora foi a ministra Cármen Lúcia, analisou-se uma política pública afirmativa consubstanciada num ato normativo legal, onde se verificou a repercussão econômica na pessoa jurídica de direito privado acerca da política pública afirmativa. O texto jurisprudencial apresenta o seguinte teor:

**Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros - ABRATI. Constitucionalidade da Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (Arts. 1º, Inc. IV, 5º, Inc. XXII, e 170 da Constituição da República): Improcedência. 1. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.9.2005. 2. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações

sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

Não se pode deixar de mencionar a chamada “reserva do possível”, quando o Estado invoca questões de ordem financeiras para justificar a ausência de concessão de direitos fundamentais sociais por tutela judicial.

A doutrina vem excluindo a possibilidade de o administrador público invocar questões financeiras como fator de ausência para implementação de políticas públicas afirmativas. Sobre o assunto, salutar se torna consultar Osvaldo Canela Junior para entender que, da mesma forma, “ao agir com independência, os órgãos jurisdicionais vinculam-se unicamente aos objetivos do estado, abstraindo-se de injunções de ordem econômica, sendo certo que estas, não raras vezes, são “provocadas pela inabilidade administrativa dos demais poderes, quando não pela sua improbidade.”<sup>159</sup>

A jurisprudência<sup>160</sup> tem afirmado que o Poder Judiciário, quando chamado a apreciar lesões a direitos fundamentais sociais, deve emitir provimento que interferirá diretamente no orçamento do Estado.

Nesse sentido, também é coerente apresentar a decisão do Tribunal Regional Federal da 4<sup>o</sup> Região, cuja decisão se deu no Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.030058-4, de relatoria do desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, e cuja ementa é reproduzida a seguir:

Ação Civil Pública. Direito constitucional à saúde. Possibilidade de concessão de liminar contra o Poder Público. Inocorrência de afronta ao princípio da separação dos poderes. Questão orçamentária - Inaplicabilidade do princípio da reserva do possível em caso de

<sup>159</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *op. cit.* p.103.

<sup>160</sup> Cf. Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região. Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.030287/PR. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Diário de Justiça do Estado de 19/11/2008. p.499.

direito fundamental à saúde. Contratação temporária de servidores em razão do excepcional interesse público. Razoabilidade. Agravo De Instrumento Desprovido.

Entende-se, a partir de agora, que qualquer tentativa de enriquecer esta pesquisa incidiria fatalmente em esforço desnecessário, mesmo porque acredita-se que o leitor, finda esta leitura, estará subsidiado acerca do referencial teórico apresentado no decorrer da dissertação ora concluída.

De qualquer forma, como toda e qualquer produção científica, necessário se torna um posicionamento formal do autor a respeito do trabalho como um todo, o que será levado a efeito a seguir.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas afirmativas, ações que visam o combate à discriminação social, encontram um vínculo axiológico com a igualdade, ideia que ganhou contornos de garantia de participação do indivíduo no grupo ao qual pertence.

Não é de se acreditar que o chamado neo-constitucionalismo configure uma contribuição significativa para a relação entre Estado e administrado e, assim, influencie a ideia de igualdade a ponto de que se tenha outra noção (nova) sobre o tema. Muito embora permeado por reflexões que priorizam princípios a normas, ponderação a subsunção, Constituição a lei, juiz a legislador, aparentemente o constitucionalismo contemporâneo não inovou na ideia de igualdade.

Continua em voga aquela ideia de vincular a igualdade com a participação dos indivíduos no grupo, conforme os reclamos de uma sociedade que se preocupa com a aceitação de suas decisões coletivas e na garantia de convivência em grupo.

No Estado Social, modelo ora dominante, a participação dos indivíduos no grupo possui conotação de restrição à intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, uma participação ativa dos administrados naquele agrupamento.

Todavia, a igualdade se manifesta como “valor” e como “norma”, em sentido amplo. A intersecção entre moral e Direito ante normas jusfundamentais, tais como aquelas que tratam de políticas públicas afirmativas, diz respeito a pressões sociais que influenciam diretamente o sistema jurídico para que este as reconheçam.

Ora, se os valores sociais tendem à sua positivação, tratando-se daquele valor que fundamenta a própria convivência do grupo – a igualdade –, seu estudo guarda importância com a própria evolução da história.

É de se concluir, assim, que a igualdade configura um princípio e assim deve ser considerado quando se conflita com outros postulados, princípios ou regras. A importância da classificação da igualdade como princípio vai além de situar o tema como norma de direito fundamental, eis que exerce grande influência na própria resolução de conflitos de interesses.

Na história jurídica das nações, destaca-se o tratamento das ações afirmativas nos EUA, nação onde o instituto parece ter se desenvolvido com mais complexidade, até porque a ideia de discriminação norte-americana é institucional. Acredita-se que as ações afirmativas tiveram um maior desenvolvimento naquele País em virtude do combate à discriminação se voltar contra atos normativos e, portanto, carecer de uma construção mais sólida para sua aplicação.

No entanto, ao menos preponderantemente, todo o desenvolvimento do tema nos EUA guardou íntima relação com o combate à discriminação racial. A partir do momento em que se vedou ao negro norte-americano o acesso igualitário em relação aos brancos, ocorreu um tipo de discriminação que se buscou combater por ações afirmativas.

Este entendimento fora copiado por países como Canadá e África do Sul. No entanto, aparentemente as ações afirmativas podem se circunscrever a apenas um combate à discriminação racial, ainda que esta se apresente institucionalizada.

Historicamente, portanto, o instituto tivera seu nascituro e desenvolvimento pouco explorado no que diz respeito ao combate a discriminação, se for levada a efeito uma comparação com outras áreas de relacionamento no tecido social.

No Brasil, as ações afirmativas se desenvolveram em similitude com as medidas tomadas nos EUA, o que se materializou numa empreitada revestida de caráter errôneo. A diferença entre a colonização das duas nações, somadas à



derivação dos dois tipos de sociedade que se desenvolveram, inviabilizaria desde o início a mera cópia daquele sistema para a realidade brasileira.

Todavia, há que se destacar que o Brasil apresenta inúmeras ações afirmativas institucionalizadas em sua Constituição Federal, onde consta o próprio fundamento axiológico do tema, qual seja: o princípio da igualdade. Cumpre esclarecer, quanto a este último, que houve uma migração de localização na Carta Maior, conforme se deu a evolução histórica da Constituição.

Assim, partindo de incisos ao próprio *caput* do dispositivo que trata dos direitos e garantias fundamentais individuais, o princípio da igualdade ganhou sucedâneo de arcabouço institucional, na medida em que fundamenta inúmeros outros dispositivos constitucionais e ideia-chave para o desenvolvimento da própria sociedade brasileira.

Foram trazidas as de ações afirmativas dispostas na Constituição Federal, conforme o conceito estabelecido nesta pesquisa para o instituto. Firmou-se a premissa de que há possibilidade de que tais ações possam estar na legislação infraconstitucional e até em atos administrativos.

Nesse sentido, as políticas públicas podem se revestir de reais ações afirmativas, bastando que tais disposições normativas, não estritamente legais, tragam os requisitos firmados para se revestirem desta natureza.

Some-se a isso que o Brasil possui políticas legislativas como verdadeiras ações afirmativas. Correspondem àquelas condutas legais que se traduzem em efetivas promoções da igualdade e combate à desigualdade.

Em que pese todo o tratamento declinado pela doutrina, jurisprudência e no âmbito normativo-político, cumpre explorar quais as perspectivas das ações

afirmativas na atualidade ou, mais precisamente, quais os desafios que a doutrina e a jurisprudência apontam atualmente para o instituto.

É certo que, quanto menor o grau de dificuldade em se identificar o fator de desigualdade, mais produtivo se mostrará a política pública de combate à desigualdade. Por outro raciocínio, a determinabilidade do grupo a ser agraciado coteja a própria existência e controle das políticas públicas afirmativas.

Após se concluir pela necessidade e importância da política pública afirmativa, adentra-se aos mecanismos utilizados para sua implementação, quais sejam, os atos legislativos e os atos administrativos de execução, destacando-se nestes a questão orçamentária.

Quanto aos atos legislativos, é de se entender que as políticas públicas afirmativas revestem-se de verdadeiros diplomas normativos a cuidar de dar eficácia ao próprio princípio da igualdade. Assim, para que se possa contestar uma política pública, conclui-se que o instrumento adequado se perfaz no próprio controle da lei, concluindo-se pelo remédio jurídico intitulado “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”.

Quanto aos atos administrativos normativos, analisou-se seus requisitos e a questão orçamentária, situando esta fora do âmbito de existência daquele ato. Verificou-se que podem existir reflexos econômicos e financeiros do ato, mas apenas em algumas hipóteses haverá projeções jurídicas advindas destes.

Enfim, trata-se de um instituto muito utilizado no âmbito do combate à desigualdade social, fundado no princípio da igualdade, cuja efetivação se dará por atos legislativos e administrativos.

O desenvolvimento da ideia de combate à desigualdade é bastante promissor no Brasil, eis que configura alvo de inúmeras disposições normativas, constitucionais

e infraconstitucionais. A jurisprudência já aceitou a existência do instituto, dispensando tratamento técnico e social às políticas públicas afirmativas.

Por fim, espera-se uma maior propagação do instituto, devidamente adequado à realidade brasileira.

## REFERÊNCIAS

[s.a]. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Local 28: Sheet Metal Works Intern – Ass'n v. EEOC**. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/478/421>>. Acesso em 18 dez. 2011.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Jurídica**. v. 16. n. 2. Minas Gerais, 2003.

\_\_\_\_\_. Los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democrático. In: CABONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **Ações afirmativas e Estado democrático social de direito**. São Paulo: LTr, 2009.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BALDWIN-RAGAVEN, Laurel; LONDON, Lesley; DU GRUCHY, Jeanelle. **An ambulance of the wrong colour: health professionals, human rights and ethics in South Africa**. Joanesburgo: Juta and Company Limited, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARKER, Ernest. **Greek political theory: platô and his predecessors**. London: Methuen, 1970.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. O novo direito constitucional e a constitucionalização do Direito. In: **Temas de direito constitucional**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Constituições do Brasil**. Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices de Adriano Campanhole. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. **Sistema de Indicadores Sociais (2004)**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2004.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.320**, de 17 de março de 1964 (Direito Financeiro). In: Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (Licitações). In: Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999 (Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC e Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn). In: Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.882**, de 3 de dezembro de 1999 (Arguição de descumprimento de preceito fundamental). In: Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Bucci (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira**. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial, 2002.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHARLES HARRI, Luke; NARAYAN, Uma. Affirmative action as equalizing opportunity: challenging myuth of preferential treatment. **National Black Law Jornal**. New York: Columbia Law School, 1999-2000.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo da constitucionalidade das políticas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (Org.). **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CONTINS, M.; SANT'ANA, L. C. O movimento negro e a questão da ação afirmativa. **Estudos Feministas**. v. 4. n. 1. Rio de Janeiro: IFCS/UFRJ-PPCIS/Uerj, 1996.

COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DRAIBE, Sônia Miriam. A construção institucional da política brasileira de combate à pobreza: perfis, processos e agenda. **Cadernos de Pesquisa**. n. 34. Campinas, SP: NEPP/UNICAMP, 1998.

DUGUIT, Leon. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: E. de Bocard, 1927.

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

\_\_\_\_\_. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**. n. 35. Chicago: University of Chicago, 1967.

ENTERRÍA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo I**. Madri: Civitas, 2000.

ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Indenpendência dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <[http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao\\_vport.html](http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html)>. Acesso em: 11 out. 2011.

FALÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FERNANDES, Antonio Sergio Araújo. Políticas Públicas: Definição evolução e o caso brasileiro na política social. In: DANTAS, Humberto; M. JUNIOR, José Paulo (Orgs.). **Introdução à política brasileira**. São Paulo: Paulus, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 11 out. 2011.

FRIEDMAN, Laurence M. **A history of american law**. 3. ed. EUA: Simon & Schuster Inc, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito**: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf\\_143/r143-16.PDF](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_143/r143-16.PDF)>. Acesso em: 2 nov. 2011.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & principio constitucional da igualdade**. São Paulo: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). **Ações afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GRAMSTRUP, Erik. **O principio da igualdade**. Disponível em <<http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1947.

HORTA, José Luiz Borges. **Historia do estado de direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

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

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

LOUREIRO, Ythalo Frota. Princípios da hierarquia e da disciplina aplicados às instituições militares: uma abordagem hermenêutica. **Jus Navigandi**. Teresina. a. 8. n. 470. 20 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5867>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

LUCAS, Fabio. **Conteúdo social nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Faculdade de Ciências Econômicas da UMG, 1959.

LUÑO, Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTIN DE ALBUQUERQUE. **Da igualdade: introdução à jurisprudência**. Coimbra: Almedina, 1993.

MEKSENAS, Paulo. **Cidadania, poder e comunicação**. São Paulo: Cortez, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MERCER, B. E. The American Community. New York; R. House, 1956. In: **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio e Janeiro: FGV, 1986.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.



MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodium, 2008.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. **O poder de substituição em direito administrativo: enquadramento dogmático-constitucional**. Portugal: Almedina, 1995.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** – um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_.; PIOVESAN, Luciana; KEIS ATO, Priscila. Implementação do direito à igualdade. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**. n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1997.

POLETTI, Ronaldo. **Da Constituição à constituinte**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. São Paulo: Ibrasa, 1976.

SADDY, A. Fases evolutivas e cronologicamente distintas das formas de intervenção do Estado na economia. **Revista Fórum Administrativo**. a. 9. n. 106. Belo Horizonte: Fórum, dez. 2009.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALGADO, Joaquim Carlos. O aparecimento do estado na “fenomenologia do espírito” de Hegel. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. a. 24. n. 17. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, out. de 1976.

SANTOS, H.; *et al.* **Políticas públicas para a população negra no Brasil**. EUA: Organização das Nações Unidas. 1999. (Relatório ONU).

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. EUA: Oxford University Press, 1993.

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

SESIN, Domingo J. **Administración pública: actividad reglada, discricional e técnica**. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, José Pedro. **O totalitarismo nas origens da moderna Teoria do Estado: um estudo sobre o Defensor Pacis de Marsílio de Pádua**. São Paulo: Saraiva, 1972.

TAVARES, André Ramos. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VELOSO, Carlos. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Disponível em: <[http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discurso\\_homenagem.htm](http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discurso_homenagem.htm)>. Acesso em: 2 nov. 2011.