

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência Civil e Direito de Resistência Política**. 2000. 139 f. Dissertação (mestrando em Direito) – Curso de Direito, UFC, Fortaleza, 1999.

THOREAU, Henry. Trad. Sergio Karam. **Desobediência civil**. Porto Alegre: L &PM, 2007.

AÇÕES AFIRMATIVAS: INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

AFFIRMATIVE ACTION: INSTRUMENTS REALIZATION OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Vanessa Batista Oliveira Lima

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Especialista em processo civil pela Faculdade Farias Brito Advogada

E-mail: vanessa.oliveira.lima@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PASSAGEM DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 3 BREVE INTRODUÇÃO À TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 4 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL; 5 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: SUA INTERFACE COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS; 6 AÇÕES AFIRMATIVAS: MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 PASS TO THE STATE SOCIAL DEMOCRATIC STATE OF RIGHT; 3 BRIEF INTRODUCTION TO THE THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS; 4 EVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY: EQUAL TO FORMAL EQUALITY MATERIAL; 5 THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY: YOUR INTERFACE WITH THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND AFFIRMATIVE

ACTION; 6 AFFIRMATIVE ACTION;
EFFECTIVE MECHANISMS OF CITIZENSHIP; 7
CONCLUSION; 8 REFERENCES.

Resumo: As ações afirmativas são formas de políticas públicas que objetivam transcender as ações do Estado na promoção do bem-estar e da cidadania para garantir igualdade de oportunidades e tratamento entre as pessoas. No Brasil, esta convicção encontra seu fundamento no princípio geral de igualdade que, como se sabe, não diz respeito apenas à exigência de igual aplicação da lei pelos órgãos do Estado, mas compreende, também, o princípio da igualdade de fato. Os incisos III e IV do art. 3º da Constituição, todo o capítulo dos direitos sociais e muitas outras normas constitucionais são expressão direta desse princípio, genericamente referido como direito à igualdade material. No Estado Social é mais evidente a necessidade de criação de ações afirmativas para que o conceito de cidadania não seja mera retórica e cada brasileiro possa exercer sua cidadania de forma plena.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ações Afirmativas. Cidadania.

Abstract: The affirmative action are forms of public policies that aim to transcend the actions of the state in promoting welfare and citizenship to ensure equal opportunities and treatment between people. In Brazil, this is his conviction to the general principle of equality, as is known, not only about the requirement of equal law enforcement bodies of the state, but includes also the principle of equality in fact. The sections III and IV of art. 3 of the Constitution, the whole chapter of social rights and many other constitutional requirements are direct expression of that principle, generally referred to as the right to substantive equality. In the welfare state is more evident the need for creation of affirmative actions for the concept of citizenship is not mere rhetoric and every Brazilian can exercise their citizenship in full, through mechanisms aimed at achieving a substantive equality, namely, affirmative action.

Keywords: Democratic State of Law. Principle of Human Dignity. Affirmative Actions. Citizenship.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fito discutir a necessidade da criação de mecanismos de efetivação da cidadania, pois apesar do ordenamento jurídico brasileiro ser repleto de normas que estabelecem direitos e garantem uma igualdade formal é notório a desigualdade social e econômica entre os brasileiros. Num Estado Social, cuja maior preocupação é tentar minimizar o contraste entre os indivíduos, é cada vez mais necessária a promoção de políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção

dos direitos de indivíduos. Utilizando-se desta premissa, mister se faz uma justificação e fundamentação acerca de quais benefícios traz tal entendimento ao destinatário final da Constituição. No primeiro tópico será feita uma exposição acerca de entendimentos doutrinários acerca da passagem do estado social ao estado democrático de direito. No segundo tópico será feita uma breve introdução à teoria dos direitos fundamentais. Em seguida será exposta, de forma sucinta, a evolução do princípio da igualdade da igualdade formal à igualdade material. O quarto tópico tratará acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e sua interface com o princípio da igualdade e ações afirmativas. Por último será objeto de estudo as ações afirmativas como mecanismos de efetivação da cidadania.

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho tem objetivo principal analisar a atuação do Estado Social na tentativa de eliminação da igualdade material com a criação de mecanismos que permitam o exercício pleno da cidadania. Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica e documental. No que tange à tipologia da pesquisa é, segundo a utilização dos resultados, pura, pois não tem como objetivo mudanças na realidade, almeja-se apenas um acréscimo de conhecimento aos que dela venham a se utilizar. Segundo a abordagem é uma pesquisa qualitativa, pois seu critério não é numérico, visando apenas aprofundar e abranger os conceitos e teorias.

2 PASSAGEM DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Social começa a ser delineado após a Constituição alemã de Weimar (1919). Como principal consequência do surgimento desta nova forma de Estado tem-se uma ampliação no conjunto dos direitos fundamentais, com alteração nas bases de interpretação dos direitos anteriores. Na lição de Carvalho Netto (1999,p.480):

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direito de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de

1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material.

Tendo como ponto de partida o Preâmbulo da Constituição Federal, podemos verificar uma ideologia do estado social a respeito do qual pondera Sérgio Luiz Souza Araújo (1999, p.6-7):

“O homem de hoje requer educação, saúde, trabalho. Está aqui o objetivo supremo, a inspiração normativa do decidido intervencionismo estatal, a fim de que o poder cumpra seus deveres para com a sociedade e, assim, seja possível a plena realização dos direitos e liberdades. A plenitude humana somente se concretizará se a sociedade proporcionar as bases e reais condições de sua efetivação. A ideologia constitucional impõe que a prosperidade coletiva tenha clara primazia em relação aos direitos de índole individualista”.

Sobre o conceito de Estado Social adverte Vital Moreira (1987, p. 90) que “Certamente poucos conceitos são objecto de menos concordância do que o conceito de Estado Social, e poucos qualificativos se aplicam a realidades tao díspares como esse.” Prossegue o autor que a polissemia do conceito resulta desde logo do termo “social”, que povoa densamente as páginas da literatura econômica social e política. Referido autor (1987, p. 90) elenca algumas idéias ligadas ao Estado Social:

Em primeiro lugar o Estado como poder acima das classes e dos conflitos de interesses, deve não só realizara a “paz social” como, principalmente, garantir a todos os seus cidadãos um mínimo de bens materiais (e culturais), quer criando e propiciando as condições, em que eles possam obte-los pelo seu trabalho quer, não sendo isso possível, substituindo-lhes, prestando ele próprio os necessários meios de efectivação daquele objetivo.

Para Vital Moreira (1987) o “Estado social é fundamentalmente um fornecedor de prestações de assistência”, ao mesmo “é imposta uma actividade de igualização de possibilidades de acesso ao bem-estar social.” Embora estejam expressamente previsto na nossa Lei Maior os direitos sociais, tais como a educação, a saúde, a moradia, o trabalho, direitos estes que compõem o mínimo existencial que por sua vez tem íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana verifica-se que o verdadeiro problema da nossa época consiste em criar mecanismos para garantir a efetividade dos direitos sociais básicos previstos nos textos legislativos. Para Ingo W. Sarlet (1999, 0.113) o princípio do Estado Social garante as condições existenciais mínimas:

A importância do princípio do Estado Social manifesta-se, portanto, principalmente na sua combinação com outros valores constitucionais essenciais consagrados pela Lei Fundamental, notadamente com o princípio da isonomia (art. 3º, inc. I), a garantia das condições existenciais mínimas (aqui, como já referido, em combinação com os arts. 1º, inc. I e 2º, inc. I), bem como com a concepção já referida atribuída à garantia fundamental da propriedade, impregnada do conteúdo de justiça social inerente ao princípio do Estado Social e Democrático de Direito.

A professora Ada Pellegrini Grinover (2008, p. 10) leciona que:

A transição entre o Estado Liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais -, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um dare, facere, praestare, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.

Acrescenta a autora (2008, p.11) que para atingir os objetivos fundamentais do Brasil, dispostos no art. 3º da Constituição Federal “(aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF-88), o Estado tem que se organizar no *facere* e *praestare*, incidindo sobre a realidade social.” É justamente aí que o Estado Social de direito transforma-se em Estado democrático de direito. Mario Lucio Quintão Soares (2000, p. 132) adverte que:

A moderna dogmática de direitos fundamentais, como a teoria do Estado Social, implicam a possibilidade de o Estado obrigar-se a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados, como ainda a possibilidade do eventual titular dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.

Para Streck (2000, p.88) a adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantia coletivas. Continua o jurista que “Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca de bem-estar social, fórmula geradora de welfare state neocapitalista no pós-Segunda Guerra mundial.” Maria Paula Dallari Bucci também enfrentou o tema:

[...] O dado novo a caracterizar o Estado Social, no qual passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos, é a existência de um modo de agir dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.

Segundo Eros Roberto Grau a própria legitimidade do Estado Social está ligada à realização de políticas públicas que se caracterizam por todas as formas de intervenção do Estado (seja como provedor, gerenciador ou fiscalizador).

Para Bonavides (2003b, p. 156-157) o Estado social é o mais indicado para realizar a paz social:

O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente. Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio dos bens sociais, instituiu ele, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primordialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade.

A expressão “Estado Democrático de Direito” foi incluída em nosso atual texto constitucional, no seu primeiro artigo, adjetivando a República Federativa do Brasil. Alguns autores entendem que tal expressão “Estado Democrático de Direito” é redundante, porque Estado de Direito seria o mesmo que Estado Democrático. A democracia representativa é uma das decorrências diretas do Estado de Direito. Para José Afonso da Silva (2009, p.143):

a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.

Segundo Streck e Morais (2000, p. 89), surge um novo conceito, “na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos mas sob um conteúdo próprio”, onde estejam presentes, segundo os autores, “as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”. Arremata os autores, quanto ao Estado Democrático de Direito, nos seguintes termos (2000, p. 90):

O Estado Democrático de Direito, tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo,

como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando *o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e pois, também sobre a ordem jurídica.* (grifos no original)

3 BREVE INTRODUÇÃO À TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser definidos, de forma resumida, como sendo garantias para equilibrar as relações entre cidadãos e Estado, bem como entre cidadãos. Em primeiro lugar, Alexy (2007) adverte que é necessário, antes de tudo, que tais direitos sejam passíveis de proteção pelo Direito; a segunda exigência é que o interesse ou a sua carência seja tão fundamental que a necessidade de sua proteção se deixem fundamentar pelo Direito.

Para uma conceituação sob o ponto de vista formal, seguimos a lição de Alexy (2007, p. 62), para quem direitos fundamentais são aqueles provenientes dos denominados enunciados normativos de direito fundamental inseridos no texto constitucional vigente. Os direitos fundamentais originam-se dos direitos do homem, que segundo a Teoria do Professor Alexy, distinguem-se dos outros direitos pela combinação de cinco marcas: universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. São antes de tudo, direitos humanos que pertencem ao homem em geral, que na verdade nem precisariam ser positivados, mas que pela sua importância foram normatizados e no nosso Direito tem status constitucional.

Segundo Marcelo Lima Guerra (2003 p.83), os direitos fundamentais, como categoria jurídica dotada de contornos próprios, nasceram no constitucionalismo do século XX. Para o referido autor:

boa parte dos valores e exigências que têm como conteúdo são há muito reivindicados pelo humanismo e incorporados à cultura jurídica. O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma nova categoria jurídica, é, precisamente, a força jurídica reconhecida a tais valores. Em outras palavras, é o regime jurídico a que se acham submetidos o direitos fundamentais o novum que os identifica como uma categoria jurídica específica.

Segundo os juristas Juraci Mourão Lopes Filho e Carlos César Sousa Cintra (2003) “ao lado da primeira geração dos direitos fundamentais de conteúdo individualista, fruto das conquistas liberais, surgiu uma segunda geração com pautas de valores concernentes a institutos e instituições.” Prosseguem os referidos juristas que “Posteriormente vieram os direitos fundamentais de terceira geração que, tomando em consideração o valor “solidariedade”, extrapolaram o âmbito individualista inspirador dos direitos de primeira e ainda impregnado nos de segunda geração.”

Uma teoria dos direitos fundamentais é multidimensional e sua cientificidade não se circunscreve a um campo próprio do conhecimento. Ele vai do público ao privado e do subjetivo ao objetivo. O desiderato dessa teoria é, em última instância, possibilitar mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais. Já advertira Norberto Bobbio (1992, p. 25) que:

o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Para Daniel Sarmento (2003, p. 375) “os direitos fundamentais, que constituem, ao lado da democracia, a espinha

dorsal do constitucionalismo contemporâneo, não são entidades etéreas, metafísicas que sobreparam ao mundo real.” Para o autor na verdade “são realidades históricas que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade da pessoa humana.” Arremata o autor (2003, p. 390) que: “Os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e esta é ameaçada tanto pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência ao indivíduo.”

Com vistas a proteger tais direitos e assegurar-lhes efetividade, restou estabelecido na Carta Magna a sua aplicabilidade imediata, bem como a limitação material ao poder de reforma da Constituição, consignado no inciso IV do §4º do art. 60, doutrinariamente denominado de cláusulas pétreas

4 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL

O direito deve servir como um instrumento tanto para impedir a formação de desigualdades quanto para promover a igualdade, pois uma sociedade verdadeiramente democrática, apoiada no conceito de cidadania, é aquela que fornece verdadeiras oportunidades iguais para o desenvolvimento da pessoa humana.

Sobre o princípio da igualdade Bobbio ensina que: “Decerto, uma das máximas políticas mais carregadas de significado emotivo é a que proclama a igualdade de todos os homens.” O que se tem buscado nos sistemas juridicamente concebidos é sempre a idéia de possibilitar para todos os cidadãos mecanismos que lhes tragam a igualdade na conquista de direitos e distribuição de deveres. A própria Revolução Francesa, que teve como bordão a igualdade, buscou no espírito revolucionário a equiparação de direitos sociais, econômicos e jurídicos.

Nas palavras do Prof. José Luiz Quadros de Magalhães (2000, p. 90), tem-se a dimensão do princípio em relação aos Direitos Fundamentais:

O princípio da igualdade jurídica é, como vimos, o alicerce dos direitos individuais, que os transforma de direitos de privilegiados em direitos de todos os seres humanos; entretanto, a igualdade jurídica não fundamenta só os direitos individuais, mas todos os direitos humanos.

O princípio da igualdade aparece no texto constitucional brasileiro de forma expressa, está prescrito no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Esse princípio veda o tratamento jurídico diferenciado entre as pessoas sob o mesmo pressuposto fático, bem como o tratamento isonômico às pessoas que se encontram sob pressupostos de fatos diferentes. Mas num país com forte injustiça social e distribuição de renda ao marcadamente desigual é necessário que o Estado crie mecanismo de modo que as desigualdades sejam, pelo menos, diminuídas. É necessária a implementação de políticas públicas que tenham como objetivo transformar a igualdade formal, prevista em vários ordenamentos jurídicos do mundo numa realidade material. Transpor a fronteira do formal, do deôntico, para a realidade é possível basta cada um assumir suas responsabilidades, e nesta tarefa a incumbência do Estado é dar o primeiro passo rumo a efetivação dos direitos fundamentais, com a ampliação do conceito do princípio da igualdade do plano formal para o material, quer seja através de políticas públicas efetivas, ações afirmativas para minimizar as disparidades existentes em determinadas minorias, quer seja através da conscientização da importância da cidadania. Na consagrada lição de Rui Barbosa (1997, P. 62):

“A regra da igualdade consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

Para Celso Antonio Bandeira de MELLO o princípio da igualdade constitucional tem um outro prisma: tratar desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Se isto for feito, estaremos observando o princípio da igualdade. Portanto, naquilo

que há uma desigualdade entre partes, seja biológica, seja social, é preciso restabelecer o ponto de equilíbrio. Nas palavras daquele mestre naquilo que não há desigualdade, não se pode desequilibrar a balança dos justos.

A respeito da matéria destacam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (1980, p. 17) que:

[...] fundamental para saber qual é o conteúdo jurídico do princípio da igualdade é, por incrível que pareça, conhecer quando é válida a desigualdade. Se soubermos quando podemos discriminar, conheceremos o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Isso significa legitimidade que fundamenta, perante o ordenamento jurídico, determinado fator discriminatório. Isso determinará a observância ou inobservância do preceito da igualdade.

Parafraseando Canotilho, força é reconhecer que o princípio da igualdade não proíbe, mas antes pressupõe, que a lei estabeleça distinções de situações, desde que haja fundamento material e objetivo para tal discriminação. Registre, a propósito, a lição do insigne jurista português: “O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critério de valor objectivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas como são as indicadas exemplificadamente no número do art. 13”. Portanto legítima é a criação de ações afirmativas que à primeira vista parecem favorecer aleatoriamente alguns segmentos da sociedade, mas que na realidade pretendem o contrário, ou seja, minimizar as desigualdades, oferecendo mais oportunidades a quem não as teve.

Como bem acentuou Anacleto de Oliveira Faria (1973, p. 268) faz-se mister esclarecer o conceito de igualdade, “para que sua aplicação possa cada vez se tornar mais efetiva, impedindo-se

não só as distorções como as falsas reivindicações em nome do referido princípio”.

5 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: SUA INTERFACE COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. O professor Telles Júnior (2003, p. 145-154) sobre o assunto discorre que:

Neste sentido, o direito pós positivo releu a perspectiva de “dignidade humana”, buscando uma interpretação além do que é instituído pelas regras normativas, passando a se relacionar de forma direta com relação a vontade e com os princípios.

A dignidade humana, apesar de ter sido um conceito que foi absorvido pela leitura dogmática dos positivistas que a comparava como resultado natural do seguimento positivo da lei, não está efetivamente restrita à lei ou aos preceitos normativos. No pós positivismo, percebe-se que uma tomada de consciência que tente relacionar os anseios e desejos humanos com o respeito pela capacidade de criação e de orientação do próximo passa a superar determinações que classifico como “fragmentárias”, pois se tentarmos entender a noção de justo apenas pela perspectiva legal, estamos claramente fazendo uma análise restritiva que, tal qual um fragmento, apenas dá uma resposta incompleta.

Vale ressaltar em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais (Ávila, 2005, p. 75).

Na esteira do pensamento de Humberto Ávila (2005, p. 76)

a dignidade está relacionada tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido bucólico, entretanto, o empenho para consentir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

Para a professora Ana Paula Barcellos (2008, p. 235) a dignidade da pessoa humana é hoje considerada o pressuposto filosófico de qualquer regime democrático. Com isso, coloca-se como centro e fundamento do ordenamento jurídico, enquanto direito positivo, a dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos fundamentais.

Sobre a interface entre direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, leciona o professor Marcelo Lima GUERRA (2008, p. 27) :

No Estado Social, a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha destaque e relevância. A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais não pode se circunscrever à esfera teórica, devendo transpor esse âmbito para alcançar efetividade, traduzida na efetiva asseguaração, a quem trabalha, da contraprestação, cujo núcleo básico é o estipêndio de salários, condição indispensável para viabilizar existência digna.

Para Ana Paula de Barcellos (2008, p. 194):

Em todos os níveis da vida social, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como o valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais sociais.

O poder Constituinte de 1988, ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do nosso Estado democrático de Direito, reconheceu categoricamente que è o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade

estatal.

Segundo Rubens Miranda de Carvalho (2005, p. 903) “a dignidade, como idéia, não é suficiente como garantia, de modo que pudesse ficar fora do texto constitucional”. Veja-se o entendimento de Ricardo Lobo Torres (2005, p. 888) sobre o princípio em comento:

Da dignidade da pessoa humana exsurtem assim os direitos fundamentais que os sociais e econômicos, tanto os direitos da liberdade quanto os da justiça. A natureza de princípio fundamental faz com que a dignidade da pessoa humana se irradie por toda a Constituição e imante todo o ordenamento jurídico.

Resta claro que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituindo-se num valor supremo do ordenamento jurídico, representando um ponto de partida para todos os demais princípios, bem como para os direitos fundamentais do homem.

6 AÇÕES AFIRMATIVAS: MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

A cidadania é consagrada no sistema jurídico pátrio como fundamento do Estado Democrático de Direito, como prevê o art. 1º, I da Constituição Federal, pode ser concebida com várias significações em que todos esses desdobramentos de conteúdo estão garantidos constitucionalmente. Em um de seus aspectos, traz em si a idéia do direito fundamental à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre outras garantias que o Estado deve assegurar. Para que os direitos sociais possam ter efetiva implementação, mostra-se necessário que o Poder Executivo promova a elaboração e cumprimento das correspondentes políticas públicas, traçando estratégias de atuação na busca da efetivação de tais direitos. Tais como a criação de ações afirmativas.

Segundo Rocha (1996, p. 92), existe a necessidade de serem implementadas todas as condutas elencadas no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, para que se perfaçam os objetivos

fundamentais da República brasileira, precipuamente a base para adoção das ações afirmativas:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. [...] Mas como mudar, então, tudo que se tem e que se sedimentou na história política, social e econômica nacional? Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos.

As ações afirmativas têm sido criadas como resposta do Estado às demandas que emergem da sociedade e do seu próprio interior numa tentativa de minorar as desigualdades tão crescentes no país. Ou seja, elas são expressão do compromisso público de atuação do Estado numa determinada área.

Inicialmente cabe lembrar que as ações afirmativas são mecanismos de tentativa de eliminar a discriminação. Lembrando que discriminação segundo Piovesan (2007, p. 221) ocorre quando somos tratados iguais, em situações diferentes, e diferentes, em situações iguais. Segundo a mesma, as ações afirmativas são poderosos instrumentos de inclusão social. Vejamos o que Piovesan aduz sobre ações afirmativas:

“Estas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos. As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social.”

As controvérsias sobre as ações afirmativas são muitas e se iniciam na identificação do próprio significado do termo. Trata-se de um significante que pode designar um conjunto de iniciativas ou políticas adotadas, impostas ou incentivadas pelo Estado, a fim de promover a igualdade material em relação a indivíduos, grupos ou segmentos sociais marginalizados da sociedade, buscando eliminar desequilíbrios e realizar o objetivo da República de concretização da dignidade da pessoa humana.

Esses direitos *prima facie* exigem realização a mais ampla possível. Entretanto, são admitidos graus diferentes de cumprimento. Para a definição dos mesmos deverão ser avaliadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Esse grau pode ser zero (inexistência de direito social definitivo), mediano (por exemplo, conceder medicamentos para algumas situações e negar para outras) ou máximo (o pedido é aceito na íntegra). A exigência da avaliação dessas possibilidades é chamada de reserva do possível.

É importante destacar que a ação afirmativa tem por objetivo não apenas coibir a discriminação atual, mas, sobretudo, excluir os efeitos culturais e comportamentais da discriminação de ontem. É dizer, visa a ação afirmativa a eliminar também o passivo histórico. Os desafios que são impostos pela necessidade de que o Estado promova a igualdade material permitem considerar as políticas públicas em vigor, traduzidas nas seguintes iniciativas: diretrizes para a elaboração de uma política nacional de integração; definição de regras de acessibilidade no âmbito dos espaços público e privado; e, o que mais nos importa aqui, estabelecimento de ações afirmativas.

Sobre as ações afirmativas, vejamos o que diz o ministro Marco Aurélio:

É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso. Há de se fomentar o acesso à educação; urge um programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar-se meninos e meninas da rua, dando-se-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. E o Poder Público, desde

já, independentemente de qualquer diploma legal, deve dar à prestação de serviços por terceiros uma outra conotação, estabelecendo, em editais, quotas que visem a contemplar os que têm sido discriminados, mais especificamente de quotas de reserva no mercado de trabalho.

A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. A correção das desigualdades é possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para arrependimento, para acomodação. Para a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996), “a ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.”

No mesmo sentido é a posição dos Professores Clèmerson Merlin Clève e Melina Breckenfeld Reck (2004), que asseveram que é garantido o esteio constitucional às políticas de ações afirmativas, pois, hodiernamente, o princípio da igualdade assume uma função bem diferente daquela concebida nos séculos XVII e XVIII, de uma garantia negativa para uma garantia positiva – sempre, do Estado para o cidadão –, vejamos:

[...] não há dúvida de que a Constituição de 1988 acolheu a transformação do princípio da igualdade, ou seja, a passagem de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito dinâmico e positivo. Assim, o princípio constitucional da igualdade não representa mais um dever social negativo a um conceito dinâmico e positivo. Assim, o princípio constitucional da igualdade não representa mais um dever negativo, mas sim uma obrigação positiva, cuja expressão democrática mais atualizada é a ação afirmativa.

Sobre o assunto assim dispõe Sérgio Fernando Moro (2001, p.101):

Tratando agora apenas das normas de direito fundamental, deve-se reconhecer que, apesar dos pontos em comum, existem sensíveis diferenças entre as atividades necessárias para desenvolver e

efetivar direito a prestação estatal, sendo que já foi visto, inclusive, que este se submete à reserva do possível, barreira não presente no primeiro caso.

Para Joaquim B. Barbosa Gomes, ações afirmativas são tentativas de concretização da igualdade substancial ou material. Vejamos o que o mesmo aduz sobre o tema:

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Flávia Piovesan (2007, p. 226) enumera cinco dilemas que marcam o debate público a respeito das ações afirmativas. 1) Igualdade formal versus igualdade material. 2) antagonismo políticas universalistas versus políticas focadas. 3) A terceira crítica apresentada concerne aos beneficiários das políticas afirmativas, considerando os critérios classe social e raça-etnia. (Branco pobre X afro-descendente de classe média). 4) Quarto dilema refere-se ao argumento de que as ações afirmativas gerariam a “racialização” da sociedade brasileira, com a separação crescente entre brancos e afro-descendentes, acirrando as hostilidades raciais. 5) O quinto dilema refere-se às cotas para afro-descendentes em universidades argüindo que a autonomia universitária e à meritocracia estariam ameaçadas pela imposição de cotas.

Conforme lição de Guimarães (1997, p.233) as ações afirmativas estão ligadas às sociedades democráticas, que tenham no mérito individual e na igualdade de oportunidades seus principais valores. Desse modo, prossegue o autor, as ações afirmativas surgem como um formato de aprimoramento jurídico de uma sociedade cujas normas e valores são pautados pelo princípio da igualdade de oportunidades na competição entre indivíduos livres, justificando-se a desigualdade de tratamento no acesso aos bens e aos meios

apenas como forma de restituir tal igualdade, devendo, por isso, tal ação ter caráter temporário, dentro de um âmbito e escopo restrito.

Importante salientar que o debate público das ações afirmativas tem ensejado por parte de alguns argumentação de constituírem as mesmas uma violação de direitos e por outros serem elas uma possibilidade jurídica, ou mesmo um direito. Mas não há como negar que as mesmas representam um importante instrumento de efetivação da cidadania, pois esta só se exerce tendo seus direitos e garantias assegurados constitucionalmente. Ocorre que não basta uma previsão formal de tais direitos e numa sociedade, como a brasileira, repleta de desigualdades, é necessária a criação de políticas públicas e ações afirmativas que tentem minimizar tanta disparidade entre aqueles que a Lei considera iguais.

7 CONCLUSÃO

Para que seja possível o exercício pleno da cidadania pelo povo brasileiro é necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana de cada um seja respeitado. É fundamental uma existência digna, isto é, que cada indivíduo tenha seus direitos fundamentais efetivados, condição sine qua non para o pleno exercício da cidadania. Mas diante do atual cenário econômico-social é sabido que para a maioria dos brasileiros, sequer um mínimo existencial tem sido garantido visto a desigualdade social. Como mecanismo de efetivação da cidadania surgem as ações afirmativas que tentam minimizar discriminação histórica, nos diversos setores da sociedade.

A desigualdade social reinante no Brasil contribui, de forma direta, para perpetuar uma situação de assimetria de poder em que os pobres, negros, índios, mulheres não conseguem competir em bases iguais, neste cenário surgem as ações afirmativas como instrumentos de efetivação da cidadania para estes segmentos historicamente discriminados e que não dispõem de condições materiais idênticas a daqueles que detém o poder econômico, político e social.

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luís Afonso Heck – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007 166p.

ARAUJO, Sergio Luiz Souza. O preâmbulo da constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 36, n.143, jul/set., 1999, pp. 6-7

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BARBOSA, Rui. Oração dos moços. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956. p. 32, apud MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Campus, 1992, p.25.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, n. 133, jan./mar, 1997. 76

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1998.

CARVAHO. Rubens Miranda de. **Dignidade humana, o superprincípio constitucional**. VELLOSO, Carlos Mário da

Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. Princípios constitucionais fundamentais. **Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins**. (Coords.) São Paulo: Lex Editora, 2005. (p.903 – p. 903-908)

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**. v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, mai./1999.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de março de 2.008.

_____. RECK, Melina Breckenfeld. **Princípio Constitucional da Igualdade e Ações Afirmativas**. Disponível em < http://www.unibrasil.com.br/aside/revista_on_line/artigo%2001.pdf> Acesso em 24/02/08.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília/DF: Senado, 2001.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. Ed. Rev. dos Tribunais, 1973.

FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Dispensa e Licitações**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1980.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ações afirmativas e princípios constitucionais de igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista de processo 2008 RePro 164 ano 33 out-2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. **Juslaboralismo crítico**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, A. S. A. A Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997

LAFER. Celso, **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, , 1988, Companhia de Letras),

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000..

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Marco Aurélio. **A igualdade e as ações afirmativas**. Texto extraído de palestra proferida, em 20 de novembro de 2001, no Seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Artigo publicado no Correio Braziliense, 20.12.2001, página 5.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 4ª edição. Lisboa: Caminho, 1987.

MOURÃO FILHO, Juraci; CINTRA, Carlos César Sousa. In. **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro**. MACHADO. Hugo de Brito. Fortaleza: Editora Dialética e Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003

PIOVESAN, Flávia Ações afirmativas no Brasil: **Desafios e**