

**CENTRO UNIVERSITÁRIO**  
**ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**  
**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**AS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Thais Silva Novais

Presidente Prudente/SP  
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**AS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Thais Silva Novais

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Wilton Boigues Carbalan Tebar.

Presidente Prudente/SP  
2015

NOVAIS, Thais Silva.

As ações afirmativas sob a ótica dos direitos fundamentais. NOVAIS, Thais Silva: - Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2015.

Nº. de folhas: 80

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

Direito Constitucional. I. As ações afirmativas sob a ótica dos direitos fundamentais.

## **AS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Thais Silva Novais

Monografia aprovada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wilton Boigues Carbalan Tebar.

---

Wilton Boigues Carbolan Tebar.

---

Amarildo Samuel Junior

---

Rebeca Carneiro de Mendonça Sanches

Presidente Prudente, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ 2015

"Não é suprimindo as palavras *conde* ou *barão* que se igualam os homens; mas educando os ignorantes e melhorando as condições econômicas das classes menos privilegiadas, é que se pode fazer desaparecer grande parte das desigualdades muito injustas."

(Mantegazza)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem ele não conseguiria chegar até aqui.

Ao meu padrasto e minha mãe, por me incentivarem e me darem a oportunidade de cursar essa faculdade.

Aos meus amigos, que estiveram do meu lado a todo tempo, me dando forças para continuar e me ajudando de todas as formas possíveis, sou eternamente grata, porque sem eles não teria conseguido concluir.

Ao meu orientador, pela atenção, paciência e incentivo no decorrer do presente trabalho.

Enfim, a todos aqueles que de uma forma ou outra me ajudaram na conclusão desse trabalho!

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo promover um debate genérico do instituto das ações afirmativas, como forma de efetivação dos direitos fundamentais, caracterizando assim, instrumento para a realização do princípio da igualdade material. Fora tratado antes do assunto principal do nosso tema, o estudo dos direitos fundamentais, sua evolução, e características, visto que é alicerce da sociedade moderna e deles surgem as ações afirmativas. Isso posto, foi tratado os efeitos dos direitos fundamentais, e análise do princípio da igualdade não somente na ótica formal, mas também, sob sentido material, e a promoção da igualdade que pode ser dada pelas ações afirmativas. Ainda foi dado enfoque ao instituto das ações afirmativas, origem, natureza jurídica, objetivos, destinatários e modalidades de ações afirmativas. Conclui-se então que é indispensável que o Estado deixe sua posição de neutralidade e promova a igualdade material, que pode ser realizada por meio das ações afirmativas.

**Palavras-chave:** Ações Afirmativas. Igualdade Material. Direitos Fundamentais.

## **ABSTRACT**

The present research aims to promote a general debate of the institute of affirmative actions as the meaning of realization of the fundamental rights, characterizing an instrument for the realization of the principle of material equality. Besides that, it had been treated before the main theme of our subject, the study of the fundamental rights, their evolution, and specifications as the foundation of modern society and of them come affirmative actions. However, the effects of fundamental rights was treated and analyzed the principle of equality not only in the formal point of view but also in the material sense, and the promotion of equality that can be given by affirmative actions. It was also given focus to the institute of affirmative actions, origin, legal nature, objectives, recipients and many kinds of affirmative actions. We can conclude it is essential the state leaves its position of neutrality and promote equality material, which can be realized through the affirmative actions.

**Keywords:** Affirmative actions. Material equality. Fundamental Rights.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>10</b>
2.1 Evolução Histórica .....	11
2.2 Distinção Terminológica dos Direitos Fundamentais .....	14
2.3 Conceito de Direitos Fundamentais .....	16
2.4 Características dos Direitos Fundamentais .....	17
2.5 Dimensões ou Gerações dos Direitos Fundamentais .....	21
2.5.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão .....	22
2.5.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão .....	14
2.5.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão .....	25
2.5.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão .....	26
<b>3 EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>27</b>
3.1 Eficácia Vertical .....	28
3.2 Eficácia Horizontal .....	32
3.2.1 O modelo da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas .....	34
3.2.2 O modelo da eficácia indireta ou mediata .....	35
3.2.3 O modelo da eficácia direta ou imediata .....	37
3.3 Princípio da Igualdade Formal e Material .....	39
3.4 Princípio da Solidariedade Social .....	44
<b>4 AÇÕES AFIRMATIVAS</b> .....	<b>48</b>
4.1 Evolução História .....	48
4.1.2 Jurisprudência na Suprema Corte Americana .....	51
4.1.2.1 Caso <i>Griggs vs. Duke Power Co.</i> (1971) .....	51
4.1.2.2 Caso <i>Regents of the University of California vs. Bakke</i> (1978) .....	53
4.1.2.3 Caso <i>United Steelworkers of America vs. Weber</i> (1979) .....	54
4.1.2.4 Caso <i>Johnson vs. Transportation Agency</i> (1987) .....	56
4.2 Conceito .....	56
4.3 Objetivos .....	57
4.4 Destinatários .....	59
4.5 Espécies .....	61
4.5.1 Políticas em prol das Mulheres .....	61
4.5.2 Políticas em prol dos Homossexuais .....	64
4.5.3 Políticas em prol dos Negros .....	66
4.5.4 Políticas em prol dos deficientes .....	68
4.6 Características .....	69
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>74</b>

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS</b> .....	<b>76</b>
---	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

Com o decorrer do tempo surgiram pactos, declarações, constituições que consolidaram direitos aos seres humanos e objetivaram reduzir a disparidades sociais que eram vigentes.

Com os moldes constitucionalistas e a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições, ganhando além do status material, o status formalmente constitucional.

Nesse sentido, nasce necessidade da efetivação do princípio da igualdade efetiva, e para tanto daremos enfoque a defesa do instituto das ações afirmativas, como um dos meios de efetivação.

De início fora traçada a evolução histórica dos direitos fundamentais, e suas características, bem como seus efeitos e, a análise do princípio da igualdade em sua vertente material e formal, ainda, sobre o princípio da solidariedade social.

Foi dado enfoque ao instituto das ações afirmativas, abordando sua origem, objetivos, destinatários, suas modalidades e características.

Concluindo inserindo esse instituto como uma das formas de efetivação dos Direitos Fundamentais no nosso ordenamento jurídico colocando em prática os objetivos de nossa Carta Maior.

Para tanto o presente trabalho utilizou-se do método histórico, dialético e indutivo. Histórico, pois foi analisada a evolução das ações afirmativas com aparo nos direitos fundamentais ao longo do tempo. Dialético, pois o direito Constitucional necessita de um diálogo sociológico com os problemas sociais e indutivo, pois é através da análise empírica que se chegou a premissa das ações afirmativas como instrumento de igualdade material entre os cidadãos.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A *priori*, antes de abordar o foco principal do tema proposto, é necessário tratar de temas estruturalmente periféricos ao núcleo desta obra, mas de importância tão cabal quanto o centro dos estudos.

Assim, explanar-se-á neste tópico inicial os direitos fundamentais, que podemos dizer, são pilares da sociedade moderna e deles derivam as ações afirmativas.

Ora, no Brasil, a Constituição Federal nos traz o artigo 5º que capitula os direitos individuais e coletivos do ser humano. Logo em seu caput pode-se perceber que o princípio da Igualdade é foco indispensável para aplicação desses direitos, mas não só a igualdade formal, simplesmente positivada na Lei Maior, mas sim a igualdade material, aquela de fato, que trata os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na proporção de sua desigualdade. Veja:

TÍTULO II DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS  
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;<sup>1</sup>

O direito é uma ciência mutante, tal característica lhe é impressa pela íntima vinculação que matéria tem com o ser humano e sua evolução. Em verdade, cumpre salientar, que o papel do direito é servir a humanidade, vez que sem a convivência humana em sociedade não haveria razão para existir o direito. É clássico, portanto indispensável pelo menos citar o exemplo fictício de Robinson Crusoe, náufrago em uma ilha isolada<sup>2</sup>.

... criando e se estendendo progressivamente, a todos os povos da Terra, as instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>2</sup>Robinson Crusoe é um romance escrito por Daniel Defoe e publicado originalmente em 1719 no Reino Unido.

Tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo<sup>3</sup>.

Faz-se necessário para a compreensão dessa obra a consolidação de conceitos e movimentos jurídico-históricos, que perfazem o alicerce dos direitos fundamentais, a exemplo do constitucionalismo e da supracitada “dignidade da pessoa humana”.

Destaquem-se, várias concepções podem ser dadas a esse termo, sob a perspectiva religiosa, filosófica e ainda científica.

Expõe sobre o tema Wolfgang Sarlet:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida<sup>4</sup>.

Posto isso, devemos destacar que paralelamente ao cumprimento da história do homem consolidou-se a história do direito, que caminhou pelos séculos, evoluindo conforme a necessidade humana.

## 2.1 Evolução Histórica

Meados do século V, iniciava o sistema econômico feudal, que era embasado na terra (como espaço físico geográfico), por ele, o senhor feudal cedia ao vassalo uma porção de sua propriedade em troca de serviços e também de manter a segurança da propriedade contra invasões, caracterizando uma relação dependente de suserania e vassalagem.

O final do sistema feudal em meados do século XV deu vazão à ascensão dos Estados Absolutistas. No absolutismo a figura máxima era do rei, que

---

<sup>3</sup>COMPARATO, Fábio Conder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 13.

<sup>4</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 73.

exercia seu poder acima de tudo e sobre todos. O autor Sidney Madrugá traça uma correlação entre a igualdade, o constitucionalismo e os regimes absolutistas:

O tema da isonomia e sua evolução na ordem internacional tem sido objeto de profundas reflexões nas sociedades ocidentais, principalmente a partir do constitucionalismo moderno, adotado, em fins do Século XVIII, pela maioria dos Estados em objeção aos regimes absolutos<sup>5</sup>.

O fato é que foi um período de muito abuso, perante as garantias que temos hoje, mas é certo dizer que aquela sociedade de outrora, sofredora de violações abriu caminhos para o reconhecimento dos direitos que temos hoje e que nos parece algo tão óbvio. Sobre a desigualdade social, étnica e cultural que era escopo do uso condenável do poder naquela época. Konder Comparato expõe seu contraponto de forma poeticamente destacável:

O que se conta, nessas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém — nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação — pode afirmar-se superior aos demais<sup>6</sup>.

Para garantir a luxúria da vida nobre os governantes absolutistas exploravam ao máximo a plebe, foi nesse período, com a ajuda da burguesia que várias violações à humanidade foram cometidas, sob a escusa de um sistema político social teoricamente alicerçado em pensadores renomados como Jean Bodin, Thomas Robbes e Maquiavel, mas que na realidade não passava de um despotismo desfaçado.

Objetivando conter esses abusos, surgiu o movimento constitucionalista<sup>7</sup>. O constitucionalismo em si permite mais de um sentido interpretativo, vejamos: em sentido amplo temos países, que além de suas características históricas, políticas e sociais, adotam uma Constituição; em sentido

---

<sup>5</sup> MADRUGA, Sidney. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica. 2005. p. 29.

<sup>6</sup> COMPARATO, 2010, loc. cit.

<sup>7</sup> Nas palavras de Gomes Canotilho o termo usado é “movimento constitucionalista”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

restrito, corresponde à técnica jurídica de proteção das liberdades, surgida no final do século XVII, e que deu aos cidadãos proteção contra o arbítrio dos governantes absolutistas<sup>8</sup>.

Veja o pensamento do doutrinador José Alfredo de Oliveira Baracho sobre o assunto:

A Teoria Geral do Constitucionalismo, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, evidencia-se pela existência de uma Constituição jurídica, pela universalização dos direitos e liberdades, com suas respectivas garantias e pelo aperfeiçoamento de técnicas jurídicas que limitam o poder político<sup>9</sup>.

Com o decorrer do tempo surgiram cartas, pactos, declarações, constituições que consolidavam direitos aos seres humanos e objetivavam reduzir a disparidade social que vigia até então. Veja o que estatui a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16:

A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição<sup>10</sup>.

No Brasil, a primeira Constituição liberal foi a do império, de 1824, veja o doutrinador José Afonso da Silva sobre essa primeira tentativa brasileira de modificação para uma esfera mais protecionista:

Era uma composição elitista, mas imbuída das novas teorias políticas que então agitavam o mundo europeu: Liberalismo, Constitucionalismo, Parlamentarismo, Democracia e República<sup>11</sup>.

Dessa forma, os moldes constitucionais garantistas restaram delineados no Brasil, aos poucos, direitos fundamentais foram positivados nas Constituições, ganhando além do status material, o status formalmente constitucional.

---

<sup>8</sup> BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.p.7.

<sup>9</sup>BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Constitucionalismo**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 23, n 91, p 13-27passim julho-setembro, 1986 Apud MADRUGA, Sidney. Discriminação Positiva: **Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica. 2005. p. 29.

<sup>10</sup>Textos Básicos sobre Derechos Humanos.Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. Apud.FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. **Liberdades Públicas São Paulo**, Ed. Saraiva, 1978.

<sup>11</sup>SILVA, José Afonso da. **O Constitucionalismo Brasileiro Evolução Institucional**. São Paulo: Editora Malheiros .2011.p.46.

Concluimos então que a motivação do constitucionalismo estava na consolidação e estruturação dos estados modernos e na fixação dos direitos inerentes ao ser humano.

## 2.2. Distinção Terminológica dos Direitos Fundamentais

Antes de fixar o conceito de direito fundamental é necessário fazer a distinção destes com os direitos humanos, é comum tomar um termo pelo outro como sinônimo, e de uma forma geral são, porém há sim diferenças entre eles, que oportunizam notável distinção.

Segundo a melhor doutrina, direitos fundamentais são de positivação interna, enquanto os direitos humanos pertencem a ordem internacional. Veja o quadro<sup>12</sup>:

Direitos Humanos	Direitos Fundamentais
1- São inerentes ao gênero humano, é geral e inespecífico.	1- São inerentes ao homem como espécie, como participante de uma comunidade politicamente organizada.
2- São direitos acima da supremacia estatal (supranacionais), abordada em matéria de direito público internacional.	2- São direitos que pertencem ao ordenamento jurídico interno, e geralmente são abordados em matéria de direito constitucional.
3- São universais, atemporais, inerente à qualquer indivíduo e são, tão somente “reconhecidos” pelo direito internacional.	3- É necessário que sejam “estabelecidos” pelo direito positivo estatal.
4- Possuem fundamentação jusnaturalista.	4- Possuem fundamentação positivista.

Apesar da essência comum de ambas as nomenclaturas, o quadro esquemático faz latente o fato de que não é só a terminologia que diferencia os institutos, há peculiaridades que os diferenciam.

<sup>12</sup>BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**, tomo I. 4 ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2014.p.604-607.



É comum também tomar por sinônimo de direitos fundamentais a expressão “liberdades públicas”, de certa forma a comparação não é de todo errada, liberdades públicas são os direitos fundamentais de status negativo, quando se impõe ao Estado uma abstenção de conduta, mas o tema será melhor abordado quando se tratar das dimensões dos direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico pátrio os direitos fundamentais estão positivados no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Como a lei não traz palavras inábeis, direitos e garantias também não deve ser entendido como sinônimos. Vejamos as sábias palavras de Konder Comparato:

O habeas-corpus já existia na Inglaterra, havia vários séculos (mesmo antes da Magna Carta), como mandado judicial (writ) em caso de prisão arbitrária. Mas a sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão da inexistência de adequadas regras processuais. A Lei de 1679, cuja denominação oficial foi “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar”, veio corrigir esse defeito e confirmar no povo inglês a verdade do brocardo *remedies precede rights*, isto é, são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário. Tal como ocorria no direito romano, o direito inglês não concebe a existência de direitos sem uma ação judicial própria para sua defesa. É da criação dessa ação em juízo que nascem os direitos subjetivos, e não o contrário. Nos direitos da família europeia continental, à qual se filiam as legislações latino-americanas, prevalece justamente a ideia contrária: os direitos subjetivos são o principal e as ações judiciais, o acessório, que a eles deve adaptar-se. O Código Civil brasileiro, por exemplo, declara que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” (art. 75).

A diversidade dessas concepções explica-se pela diferente origem dos grandes sistemas jurídicos europeus. O direito inglês, tal como o direito romano clássico, aliás, sempre foi criado ao longo do tempo pelos práticos do foro: advogados, solicitadores processuais e juízes. Na Europa continental, diversamente, os sistemas jurídico, desde a fundação da universidade de Bolonha no século XI, foram, em sua maior parte, criações intelectuais de juristas e professores. De onde o seu caráter mais sistemático e abstrato que o do direito inglês<sup>13</sup>.

Seguindo a orientação citada concluímos que a diferença entre direitos e garantias é que uma viabiliza a outra, seja no sentido de o direito viabilizar o instrumento processual ou no instrumento processual viabilizar o direito em si.

Como observado acima, os direitos fundamentais estão alocados ainda no Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, entenda:

... uma Constituição não tem que fazer declaração de deveres paralela à declaração de direitos. Os deveres decorrem destes na medida em que

---

<sup>13</sup> COMPARATO, 2010, loc. cit.

cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como sua própria<sup>14</sup>.

Este pensamento representa a doutrina majoritária, assim, basta a existência de um direito para a existência de um dever, ou seja, o direito de um indivíduo pressupõe o dever de respeito por parte de outro.

### 2.3 Conceito de Direitos Fundamentais

É certo vincular o surgimento dos direitos fundamentais aos dispositivos jurídicos que os regulamentaram, porém não podemos dizer que a ideia tenha surgido na positivação em si dos direitos.

Dessa forma devemos esclarecer que a discussão conceptiva dos direitos fundamentais aconteceu antes disso, como ensina o professor José Afonso da Silva, derivou do:

... pensamento cristão, como fonte remota; a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII; o pensamento iluminista; e, posteriormente, o manifesto comunista e as doutrinas marxistas; a doutrina social da igreja, a partir do Papa Leão XIII e o intervencionismo estatal<sup>15</sup>.

Apesar de haver vários conceitos que poderiam ser citados nesta obra, concordamos com Tupinambá Nascimento que afirma:

...não é fácil a definição de direitos humanos... qualquer tentativa pode significar insatisfatório e não traduzir para o leitor, à exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros .1998a.p.199.

<sup>15</sup>SILVA, op. cit.p.176-179.

<sup>16</sup> NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. Comentário à Constituição Federal: princípios fundamentais – art. 1º a 4º. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Apud MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p 22. Note ainda que a expressão usada é direitos humanos, mas em nosso sentir cabe perfeitamente na colocação direitos fundamentais, pois aqui não há necessidade de distinção dos termos, podendo-lhes dar tratamento paralelo.

Mesmo assim, Pérez Luño consegue nos trazer um conceito bem abrangente que observa todos os apontamentos feitos até a presente exposição nessa obra.

...um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional<sup>17</sup>.

Ora, o conceito contemporâneo de direito fundamental está impregnado no indivíduo como espécime biológico humana e independentemente de estar ou não em um rol positivamente constitucional lhe é assegurado o mínimo básico para viver e se desenvolver frente a sua sociedade. Os direitos fundamentais jamais deixarão de fazer parte da constituição material do ser humano.

## 2.4 Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais possuem características específicas que unidas lhe conferem elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico<sup>18</sup>.

Alguns autores são mais abrangentes quanto a essas características, elencando um rol maior de indicações, porém vamos nos ater aos principais atributos.

Os direitos fundamentais são históricos, característica essa intimamente ligada à mutabilidade dos direitos fundamentais, ou seja, há nos direitos um acompanhamento (histórico) temporal do que acontece com a evolução do homem no mundo.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior expõem sobre essa característica:

---

<sup>17</sup> CASTRO, J.L.Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, Castro, TORRES, C. Gómes. **Los Derechos Humanos: significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979. p 43. Apud MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p 22.

<sup>18</sup>MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p 23.

(...) o caráter histórico que marca os Direitos Fundamentais, que por outras palavras, “não surgiram do nada”, mas foram resultado de um processo de conquistas de alforrias humanitárias, em que a proteção da dignidade humana prosseguia ganhando, a cada momento, tintas mais fortes<sup>19</sup>.

Tal característica imprime credibilidade à teoria das dimensões do direito, posto que esta é firmada na construção gradual e cumulativa dos direitos fundamentais do homem.

Tais direitos também estão munidos de universalidade, o que significa dizer que esses direitos são inerentes ao gênero humano, a todos, sem qualquer tipo de distinção (seja por nacionalidade, raça, cor, credo, sexo ou convicção político filosófico).

Sobre a imprescritibilidade dos direitos fundamentais veja o que Norberto Bobbio dispõe com maestria:

O ponto de partida comum é a afirmação de que o homem tem direitos naturais que, enquanto naturais, são anteriores a instituição do poder civil e, por conseguinte, devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos por esse poder. O art. 2º os define como “imprescritíveis, querendo com isso dizer que — à diferença dos direitos surgidos historicamente e reconhecidos pelas leis civis — não foram perdidos nem mesmo pelos povos que não os exerceram durante um longo período de tempo, abimemorabili. O primeiro crítico severo da Revolução Francesa, Edmund Burke, afirmará — tão logo chegam à Inglaterra as notícias da sublevação parisiense — a célere tese da prescrição histórica, segundo a qual os direitos dos ingleses recebem sua força não do fato de serem naturais, mas de se terem afirmado através de um hábito de liberdade, desconhecido pela maior parte dos demais povos. Ao contrário da teoria da prescrição histórica, a tese da imprescritibilidade tem —consciente e intencionalmente — um valor revolucionário”.<sup>20</sup>

Dessa forma a imprescritibilidade confere aos direitos humanos a prerrogativa de não sofrer com o decurso do tempo, de por ele não ser lesado. A lição de Bobbio é brilhante e expões de uma forma simples o contraponto da imprescritibilidade, mas cumpre salientar que essa obra se atém na origem Jusnaturalista dos direitos fundamentais, por isso há imprescritibilidade quanto à tais direitos.

Ainda temos como forte característica, digna de ser citada, a indisponibilidade dos direitos fundamentais, que abrange a inalienabilidade e irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. O que se entende nesse ponto é que a

---

<sup>19</sup> ARAUJO, 2001, loc. cit.

<sup>20</sup> BOBBIO, 2004. loc. cit. (o dispositivo normativo a que se refere a citação é a Declaração de Direitos do Homem de 1789).

vedação está ligada à transgressão do próprio direito e não as consequências que dele deriva, por exemplo, não é possível abrir mão do seu direito à honra, porém se pode transigir quanto ao valor de proveniente indenização. Vejamos como o plenário do nosso país já decidiu sobre o tema:

- a) “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral” (Plenário ADInMC 3.450/DF).
- b) No julgamento do AgRg na SE 5.206/Espanha, contudo, o Plenário da Corte entendeu lícita a renúncia genérica ao direito fundamental de acesso à jurisdição. O STF reputou constitucional a Lei 9.307/96, mesmo na parte em que validava a adesão do particular à cláusula genérica de compromisso arbitral, cuja consequência era a renúncia antecipada à garantia de acesso à jurisdição (CF/88, inciso XXXV, art. 5º). Nesse precedente, ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que entenderam inconstitucionais tanto a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória (dada a indeterminação de seu objeto) quanto a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso.
- c) O Plenário da Corte entendeu não violado o direito de petição ao decidir pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da Lei 6.830/80, na parte em que dispõe que a propositura de ação judicial importa renúncia tácita ao devido processo administrativo acerca do mesmo tema (por todos, cf. RE 233.582/RJ).
- d) “A defesa técnica é aquela exercida por profissional legalmente habilitado, com capacidade postulatória, constituindo direito indisponível e irrenunciável. II – A pretensão do paciente de realizar sua própria defesa mostra-se inadmissível, pois se trata de faculdade excepcional, exercida nas hipóteses estritamente previstas na Constituição e nas leis processuais” (HC 1.020.19/PB, 1ª Turma).
- e) “A declaração do extraditando de que deseja ser imediatamente entregue ao Estado requerente revela-se ato juridicamente irrelevante. O processo extradicional constitui, no ordenamento positivo brasileiro, garantia indisponível e irrenunciável do súdito estrangeiro” (Plenário, Ext583/Itália)<sup>21</sup>.

Veja, o assunto não é tão consolidado na jurisprudência bem como na doutrina, assim é tema para obra própria de tão vasto o assunto. Dessa forma

---

<sup>21</sup>BERNARDES; FERREIRA, 2014, loc. cit.

somente vamos nos ater aos aspectos principais que refletem na ideia geral desta obra.

Cabe ainda ressaltar a existência da concorrência dos direitos fundamentais, tal característica se dá, pois eles são cumuláveis por um indivíduo. Em apenas um ato podemos encontrar proteções simultâneas, em mais de duas normas constitucionais amparadas pelos direitos fundamentais e, nessa ocasião o indivíduo terá a proteção com a eficácia normativa de mais de um direito fundamental, sem que haja o prevalecimento de um sobre o outro.

Enfim, tendo como fundamento a máxima jurídica de que nenhum direito é absoluto — mesmo os direitos fundamentais — podemos apontar a relatividade como última característica dos direitos fundamentais.

Exemplifica Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior:

Vislumbre a hipótese de membros de um sindicato que estejam exercitando o direito fundamental de reunião, de forma itinerante (passeata), em uma congestionada via pública, por onde outros indivíduos pretendem exercer o também direito fundamental de locomoção (...) todos os indivíduos, sob a tutela constitucional, estão a exercer direitos fundamentais, os quais, no entanto, distintos entre si, passam em determinado momento, a se antagonizar<sup>22</sup>.

Por ela os direitos fundamentais podem sofrer restrições em cedência recíproca. Quando em colisão dois direitos fundamentais usam-se postulados normativos, como a proporcionalidade, para delinear as limitações.

Assim presente todas essas características, é de se conhecer como sendo fundamental, pois são determináveis, por intermédio da presença de suas características.

---

<sup>22</sup>ARAÚJO, 2011, loc. cit.

## 2.5 Dimensões ou Gerações de Direitos Fundamentais

Como já mencionado, os direitos fundamentais, inerentes ao homem, tem por característica a mutabilidade conforme a evolução da humanidade no transcurso temporal.

Eles não surgiram de uma vez e também não são rigidamente esternos, eles acompanham o desenvolvimento psicossocial das gerações a que servem, ou seja, estarão em eterna construção.

O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas, porém isso não significa que o direito passa a ser dispensável. Uma vez conquistado um direito fundamental, não se admite o retrocesso, extirpando-o do ordenamento jurídico, ele permanecerá como direito natural, subjetivo e abstrato, aplicável a qualquer ser humano.

Esse pensamento encontra fundamento no fato de que a dignidade do ser humano não pode ter retrocesso e é da sua admissão e evolução que a sociedade caminha a passos mais justos e igualitários a cada dia.

Uma das características dos direitos fundamentais é a historicidade, segundo Bobbio: “ou seja, nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”<sup>23</sup>.

Norberto Bobbio, filósofo italiano, discorre com propriedade sobre o tema, pois foi ele que cunhou o termo “gerações do direito”, em seu livro *A Era dos Direitos*.

Um pensamento mais contemporâneo, e claramente coerente, ressalta que a terminologia gerações do direito transmite certa impressão de superação das gerações, fazendo com que a geração superveniente ultrapasse a antecedente tornando-a obsoleta.

Porém o que acabamos de ver é que quanto ao rol de direitos fundamentais não se trata de superação, contudo uma geração completa a outra lhe atribuindo maior gama de tutela. Dessa forma a melhor proposta doutrinária é que

---

<sup>23</sup>BOBBIO, 2004, loc. Cit.

seja usado o termo dimensão dos direitos, que enaltece o aspecto histórico e contínuo, da incorporação sucessiva de novos direitos<sup>24</sup>.

Bobbio construiu um pensamento pautado nos princípios da Revolução Francesa, identificando cada uma de suas três gerações com a consolidação de liberdade, igualdade e fraternidade humana. Alguns autores falam de quarta e quinta geração, mas a ideia ainda é vagamente remota, vez que representa o momento atual da humanidade e assim ainda é uma geração em construção, que ainda não está totalmente consolidada.

### **2.5.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão**

Como já foi dito, as dimensões dos direitos foram firmadas sob os pilares da Revolução Francesa, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade.

Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os que tradicionalmente consistem em liberdade. Na verdade eles traduzem não só a liberdade como a resistência e oposição do povo frente os arbítrios do Estado.

Foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso de poder, impõe-se ao Estado obrigações de não fazer, surgiram em contraposição ao Estado absoluto e foram conquistados a partir das Revoluções Francesas e Americanas, tendo como marco inicial o surgimento do Estado Liberal do século XVIII.

São as já mencionadas “liberdades públicas”, elas exprimem uma ideia de abstenção do Estado, um não fazer, não atuação frente as limitações individuais. Veja a exposição de Bobbio sobre tais direitos:

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado<sup>25</sup>.

Todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao mesmo.

---

<sup>24</sup>BERNARDES; FERREIRA, 2014, loc. cit.

<sup>25</sup>BOBBIO, 2004, loc. cit.



Os direitos de liberdade, são os primeiros a constarem da norma constitucional, tratam-se dos direitos civis e políticos, dos quais são exemplo o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, etc.

Como já dito, têm por titular o indivíduo, sendo considerados de resistência ou de oposição ao Estado, são também chamados de direitos negativos, tendo em vista sua característica de abstenção. Fundamenta Paulo Bonavides sobre o assunto:

Entram na categoria do status negativus da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a sociedade e o Estado. Sem o conhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico<sup>26</sup>.

Nota-se que os direitos de primeira dimensão representam um meio de defesa contra os abusos praticados pelo Estado, até então dominante, limitando os poderes deste em favor da esfera de liberdade do indivíduo<sup>27</sup>.

### **2.5.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração**

Os direitos fundamentais de segunda geração surgem com a pretensão de normalizar o que fora descaracterizado com a liberdade obtida sem a intervenção do Estado nos direitos fundamentais de primeira geração.

A liberdade adquirida fez com que houvesse uma propagação de forma negativa, em que a ausência do Estado intervindo nas relações, tornasse cada vez mais abusiva, já que não havia uma igualdade no patamar das relações privadas.

Assim, surgiram os direitos de segunda geração que tem por objetivo trazer a igualdade, em que o Estado age de forma positiva, colocando no mesmo escalão os menos favorecidos com os mais favorecidos.

Esses direitos são sociais, culturais e econômicos. Surgem já no século XX e têm grande repercussão após o término da Segunda Guerra Mundial. Esse conjunto de direitos preocupa-se em conquistar uma igualdade de todos perante a

---

<sup>26</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 Ed. Malheiros, 2011, p.524.

<sup>27</sup>ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 102.

lei. O Estado passa a intervir de forma a garantir o bem-estar social. Novamente cito a visão de Bobbio a respeito do assunto:

Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano utisingulus, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da “pessoa” -, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais<sup>28</sup>.

Nessa geração de direitos, em vez de impor ao Estado obrigações de não fazer, exige-se dele que atue, que preste serviço. Trata-se de direitos positivos, em que impõem ao Estado obrigações de fazer.

Corroborando a definição dos direitos fundamentais de segunda geração e a atuação do Estado, Araújo e Nunes Júnior esclarecem que:

Se o objetivo dos direitos aqui estudados é o de dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias, ao exercício de uma vida digna, o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida. Por isso, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar as superações das carências individuais e sociais. Por isso, em contraposição aos direitos fundamentais de primeira geração – chamados de direitos negativos –, os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas a minoração dos problemas sociais. Também são chamados “direitos de crença”, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado. Constituem os direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, os econômicos e os culturais, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva<sup>29</sup>.

Muitos são os exemplos de direitos de segunda geração em que podemos citar como sendo alguns deste, o direito à saúde, a moradia, a educação, a segurança pública, a previdência social, e a alimentação.

---

<sup>28</sup>BOBBIO, 2004, loc. cit.

<sup>29</sup>ARAÚJO, 2001, loc. cit.

Insta salientar que, a presença do Estado intervindo na busca por bem estar social, faz com que a sociedade tenha seus direitos garantidos, e assim, o Estado deixa sua posição de neutralidade e passa a ter participação em ações voltadas ao interesse das minorias.

### **2.5.3 Direitos Fundamentais de terceira geração**

Esta geração de direitos fundamentais se assenta sobre a fraternidade, que fora preconizada na Revolução Francesa, e não se destina especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado.

Conforme Paulo Bonavides precisamente define:

Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade<sup>30</sup>.

Nota-se assim que são direitos usufruídos por toda a coletividade, e não se destinam à proteção dos indivíduos em si, mas sim a uma universalidade de detentores.

São chamados de direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. A titularidade do direito de terceira geração é coletiva, abrangendo todos os seres humanos existentes no globo terrestre, ao mesmo tempo. Por fim, cumpre concluir o pensamento de Bobbio sobre a terceira passagem da dimensão dos direitos:

Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança é diferente do

---

<sup>30</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 Ed. Malheiros, 2011, p.569.

adulto; o adulto, do velho; o sadio do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes. Os fisicamente normais, dos deficientes e etc.<sup>31</sup>.

Temos como exemplos de direitos fundamentais de terceira geração o direito à paz, ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento, dos consumidores, ao patrimônio comum da humanidade.

Contudo, não se pode falar que o ser humano não seja mais titular destas prerrogativas, já que é através dele que há a proteção desses direitos.

#### **2.5.4 Direitos Fundamentais de Quarta Geração**

Alguns autores anunciam uma quarta geração de direitos fundamentais. Porém, ainda não há um consenso sobre qual o conteúdo desta geração de direitos.

Bonavides assim descreveu esta geração:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta no futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência<sup>32</sup>.

Para o autor, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Somente com eles é que será legítima e possível a globalização política.

Ou seja, não tem o intuito de excluir o que as outras gerações dispuseram, mas surge para complementar os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, as três primeiras gerações são consideradas o alicerce, enquanto os direitos de quarta geração surgem como sendo a base.

---

<sup>31</sup>BOBBIO,2004. loc. cit.

<sup>32</sup>BONAVIDES, 2011, loc. cit.

### 3 EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nas democracias modernas, essencialmente aquelas de pilares ocidentais, a máxima do “governo do povo, pelo povo e para o povo”, proferida pelo então presidente norte-americano Abraham Lincoln durante discurso em 1863, carrega, entre outros aspectos eminentes, a ideia de limitação de poder como inerente a referido regime político.

Sendo assim, o poder delegado pelo povo a seus representantes não se mostra absoluto, tendo em vista limitações como, substancialmente, a previsão de direitos e garantias fundamentais, sejam elas individuais ou coletivas. É o que a doutrina denominou de direitos de defesa.

Consoante lição do jurista português José Joaquim Gomes:

(...) a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)<sup>33</sup>.

Apesar da sábia consideração, o exceto de Canotilho é restrito. Isso porque se encaixa na doutrina liberal clássica, que se restringe a limitações no âmbito das relações entre o Estado e o particular. Referida hierarquização – tendo em vista a relação de subordinação em que o cidadão é notoriamente o polo mais fraco – passou a ser chamada de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Todavia, com o aumento e evolução das relações, sobretudo sociais e económicas, o panorama se alterou, conforme explica Marcelo Novelino:

(...) a constatação de que a opressão e a violência contra os indivíduos são oriundas não apenas do Estado, mas também de múltiplos atores privados, fez com que a incidência destes direitos fosse estendida ao âmbito das relações entre particulares. A projeção dos direitos fundamentais a estas relações, nas quais os particulares se encontram em uma hipotética relação

---

<sup>33</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

de coordenação (igualdade jurídica), vem sendo denominada de *eficácia horizontal* ou *privada* dos direitos fundamentais<sup>34</sup>.

Assim, com a evolução tanto do Estado quanto da sociedade, conforme explana Daniel Sarmento, fez com que as ameaças aos direitos fundamentais não fossem provocadas apenas pelo ente estatal, mas também por atores privados, desde a família até o mercado econômico<sup>35</sup>. Essa nova roupagem político-social fez com que os efeitos da proteção dos direitos fundamentais passassem a atingir relações jurídicas entre particulares, segundo Sarmento, numa situação hipotética de igualdade jurídica<sup>36</sup>.

Convém enfatizar que a eficácia horizontal não substitui, muito menos exclui, a eficácia vertical de direitos fundamentais. A complexa rede político-social hoje existente fomenta a coexistência, cada uma dentro de suas searas, jamais devendo catalisar o contrário.

Ante tais considerações iniciais, importante se faz a análise, de maneira isolada, de cada uma das esferas aqui tratadas.

### 3.1 Eficácia vertical

A Constituição Federal é bastante clara ao prever no parágrafo primeiro do artigo 5º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Todavia, conforme aponta Ingo Wolfgang Sarlet<sup>37</sup>, diferentemente da Constituição Portuguesa, “que expressamente prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a nossa Lei Fundamental, neste particular, ficou silente na formulação”.

Mas Sarlet assevera:

A omissão Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um

---

<sup>34</sup>NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012, 407.

<sup>35</sup>SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 185.

<sup>36</sup>SARMENTO, op. cit. p. 185.

<sup>37</sup>SARLET, 2010 loc. cit.

mandado de otimização de sua eficácia, pelos menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental<sup>38</sup>.

Referido jurista brasileiro, doutor em Direito pela Universidade de Munique, também lembra que a Lei Fundamental da República da Alemanha possui previsão semelhante em seu artigo 1º, inciso III: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”<sup>39</sup>.

Influenciado pela previsão alemã, Sarlet subdivide a vinculação do poder público aos direitos fundamentais nos moldes da clássica estrutura tripartite proposta por Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis*, publicada 1748.

Ao explanar sobre o Poder Legislativo, Sarlet aponta:

Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativo, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. Isto significa, em última *ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independentemente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram<sup>40</sup>.

O doutrinador em voga também lembra a questão da inconstitucionalidade por omissão, “decorrente de uma inércia (total ou parcial) do legislador em face de uma imposição mais ou menos concreta (finalidade ou programa) contido nas normas de direitos fundamentais”<sup>41</sup>.

Por fim, Sarlet ressalta que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais atinge inclusive as emendas constitucionais, tendo em vista a previsão

<sup>38</sup>. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 365/366.

<sup>39</sup> Texto integral disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 15 out. 2015.

<sup>40</sup>. SARLET, 2010, op. cit. p. 267.

<sup>41</sup> SARLET, 2010, op. cit. p. 368.

do art. 60, § 4º, inciso IV: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”<sup>42</sup>.

Não menos importante, Canotilho resume bem a vinculação do legislador ao citar o doutrinador alemão Herbert Krüger e sua fórmula: “leis apenas no âmbito dos direitos fundamentais”<sup>43</sup>.

Quanto ao Poder Executivo, importante lição de Canotilho, que apresenta duas vertentes. Segundo o jurista português, a administração, ao exercer a sua competência de execução da lei, “só deve executar as leis constitucionais, isto é, as leis conforme os preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias”<sup>44</sup>. Outro aspecto é que a administração, ao praticar atos de execução de leis constitucionais, “deve executá-las constitucionalmente, isto é, interpretar e aplicar estas leis de um modo conforme os direitos, liberdades e garantias”<sup>45</sup>.

Por sua vez, Sarlet destaca que “a fiscalização judicial, no caso da administração, é mais ampla que em relação ao legislador, já que este dispõe de liberdade de ação e, portanto, margem de arbítrio bem maior”<sup>46</sup>.

E Sarlet também alerta:

No que tange à medida de vinculação aos direitos fundamentais, poderá afirmar-se que, quanto menor for a sujeição da administração às leis (de modo especial na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo), tanto maior virá a ser a necessidade de os órgãos administrativos observarem – no âmbito da discricionariedade de que dispõem – o conteúdo dos direitos fundamentais, que, consoante já assinalado, contém parâmetros e diretrizes para a aplicação e interpretação dos conceitos legais indeterminados. Isto significa, em outras palavras, que, nas hipóteses de uma maior fragilidade do princípio da legalidade, o conflito desta com o princípio da constitucionalidade acaba por resolver-se tendencialmente em favor da última<sup>47</sup>.

Na mesma esteira, Canotilho resume que “os direitos, liberdades e garantias constituem, desde logo, *medidas de valoração* decisivas quando

---

<sup>42</sup> SARLET, op. cit. p. 369.

<sup>43</sup> CANOTILHO, op. cit. p. 580.

<sup>44</sup> CANOTILHO, op. cit. p. 583.

<sup>45</sup> CANOTILHO, op. cit. 583

<sup>46</sup> SARLET, op, cit. p. 370.

<sup>47</sup> SARLET, op. cit. p. 371.



administração tem de densificar *conceitos indeterminados*<sup>48</sup>, citando como exemplos segurança pública, sigilo, segredo de Estado, segurança do Estado.

Por último e não menos importante, o Poder Judiciário, cuja função não se restringe à administração da Justiça, mas essencialmente ser, o guardião da Constituição, e, conforme dispõe Alexandre de Moraes “com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios”<sup>49</sup>.

Todavia, segundo explanação de Canotilho, os tribunais não estão apenas a serviço da defesa de direitos fundamentais, eles próprios, como órgão do poder público, devem se considerar vinculados pelos direitos fundamentais<sup>50</sup>. E o jurista português afirma que a vinculação do Poder Judiciário se concretiza “através do processo aplicado no exercício da função jurisdicional ou através da determinação e direção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais”<sup>51</sup>.

Sobre o primeiro modo de concretização supracitado, Canotilho:

Isto significa a compreensão constitucionalmente “referenciada” do direito processual e do direito organizatório dos tribunais. Os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e procedimento, por outro, desenvolvem uma eficácia recíproca: a organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento<sup>52</sup>.

Quanto ao segundo meio de efetivação, Canotilho:

Os direitos fundamentais podem também vincular os atos jurisdicionais como “normas de decisão”. Agora, não se trata de captar o efeito vinculativo das normas consagradoras de direitos fundamentais como «normas de organização» ou de «processo», mas como *medidas de decisão* material-jurisdicional. A relevância da vinculação da jurisdição pelos direitos fundamentais é principalmente discutida em três conjuntos problemáticos: (1) no âmbito da fiscalização judicial, sobretudo quando se coloca o problema da desconformidade da lei com normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias; (2) no plano da eficácia vinculativa das decisões do Tribunal Constitucional relativamente aos outros tribunais; (3) no domínio da delimitação de competências e definição dos

---

<sup>48</sup> CANOTILHO, op. cit. p. 586.

<sup>49</sup> MORAES, 2006, loc. cit.

<sup>50</sup> CANOTILHO, op. cit. p. 586.

<sup>51</sup> CANOTILHO, op. cit. p. 586.

<sup>52</sup> CANOTILHO, op. cit. p. 586.

poderes de cognição entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais<sup>53</sup>.

Sarlet, citando lições de Jorge Miranda, destaca a existência de duas facetas. Uma, negativa, compreende o poder e o dever do Judiciário “de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade”<sup>54</sup>.

A outra, positiva, tendo em vista que os juízes e tribunais estão obrigados a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico, seja através da aplicação, da interpretação ou da integração<sup>55</sup>.

### 3.2 Eficácia horizontal

Como já adiantado nas considerações iniciais deste capítulo, a ampliação dos direitos fundamentais às relações privadas se torna cada vez mais necessária ante o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais complexa e desigual, levando-se em conta a crescente multiplicidade de atores privados nas mais diversas esferas e que a opressão não se origina mais apenas do ente estatal.

Nas palavras de Sarlet, “a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos”<sup>56</sup>, citando como exemplos a seara das relações trabalhistas e consumeristas.

O pioneirismo da aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais é alemão, remontando à década de 1950. O julgamento do caso Lüth na Corte Constitucional Alemã é o marco histórico. Eis a narração do referido caso feita pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Especial nº 201.189-8/RJ<sup>57</sup>:

---

<sup>53</sup>CANOTILHO, op. cit. p.587.

<sup>54</sup>SARLET, op. cit. p.372.

<sup>55</sup>SARLET, op. cit. p. 372.

<sup>56</sup>SARLET, op. cit. p.378.

<sup>57</sup>Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em 10 out. 2015.

Em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, defendeu um boicote contra o filme “Unsterbliche Geliebte”, de Veit Harlan, diretor do filme “Jud Süß”, produzido durante o 3º Reich. Harlan logrou decisão do Tribunal estadual de Hamburgo no sentido de determinar que Lüth se abstivesse de conclamar o boicote contra o referido filme com base no § 826 do Código Civil (BGB). Contra essa decisão foi interposto recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o *Bundesverfassungsgericht*. A Corte Constitucional deu pela procedência do recurso, enfatizando que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5, 1, da Lei Fundamental. Os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais (juízo de ponderação). Na espécie, entendeu a Corte que, ao apreciar a conduta do recorrente, o Tribunal estadual teria desconsiderado (*verkannt*) o especial significado que se atribui ao direito de livre manifestação de opinião também nos casos em que ele se confronta com interesses privados.

O Ministro brasileiro também cita outros casos para ilustrar a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais aplicada na Corte alemã, como o que segue<sup>58</sup>:

O pequeno jornal “Blinkfuer” continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim (13.08.1961). A grande editora Springer dirigiu, por isso, uma circular a todas as bancas e negócios de vendas de jornais, ameaçando-os com a suspensão de fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal “Blinkfuer”. Foram significativos os prejuízos sofridos pela publicação. A pretensão de caráter indenizatório formulada pelo jornal foi rejeitada pelo *Bundesgerichtshof* - BGH (Supremo Tribunal de Justiça). Apreciando o recurso constitucional interposto pelo pequeno jornal, entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião. As opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, com recursos de caráter exclusivamente intelectual (*geistige Waffen*).

Sarlet, lembrando doutrina de Vieira de Andrade, demonstra dois aspectos principais e concorrentes da questão em voga. Primeiro, a constatação de que “os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada”<sup>59</sup>. Segundo, a “necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares”<sup>60</sup>.

<sup>58</sup>Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>.

Acesso em 10 out. 2015.

<sup>59</sup>SARLET. op. cit. p.378.

<sup>60</sup> SARLET. op. cit. p. 379.

Todavia, a simples equiparação do regime jurídico dos Poderes Públicos às relações particulares não se mostra cabível para significativa parcela doutrinária. Como argumenta Daniel Sarmento, “o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados”<sup>61</sup>.

Sendo assim, a controvérsia quanto à eficácia horizontal reside na forma como se dá a vinculação dos particulares. Tendo como sustentáculo o grau de incidência, três modelos surgiram na doutrina: 1) a negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; 2) a eficácia indireta ou mediata; e 3) a eficácia direta ou imediata.

### **3.2.1 O modelo da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**

Dos três modelos a serem expostos neste capítulo, este é o único a negar a possibilidade da produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A tese da não vinculação tem como expoente os Estados Unidos.

Sarmento explica as razões:

É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. Para justificar essa posição, a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais. Mas também são invocados outros argumentos teóricos, sendo o principal a preocupação com a autonomia privada (...). Além do argumento liberal, outra justificativa invocada para a doutrina da *stateaction* liga-se ao pacto federativo. Nos Estados Unidos, cumpre não esquecer, compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizadora envolva o comércio interestadual ou internacional. Assim, afirma-se que a *stateaction* preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup>SARMENTO, op. cit p.185.

<sup>62</sup>SARMENTO, op. cit, p189.

Convém ressaltar que a Constituição norte-americana é de 1787, quando o contexto prevalente era a proteção das liberdades públicas tão somente em face do ente estatal.

Não por acaso, a teoria passou a sofrer inúmeras críticas. Entre elas, a de Erwin Chemerinsky, autor do artigo *Rethinking State Action* publicado na década de 1980. Conforme aponta Sarmento, para Chemerinsky:

(...) afirmar que a doutrina da *stateaction* é desejável porque preserva a autonomia e liberdade é olhar apenas para um dos lados da equação (...). De fato, de acordo com a doutrina da *stateaction*, os direitos do violador privado são sempre favorecidos em relação aos direitos das vítimas. Dessa forma, a *stateaction* só promove a liberdade se se considerar que a liberdade de violar a Constituição é sempre mais importante do que os direitos individuais que são infringidos<sup>63</sup>.

Com isso, conclui Sarmento – lembrando que a teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas está ligada à concepção individualista que caracteriza a Constituição e cultura jurídica estadunidense – que o modelo do *stateaction* não viabiliza um “tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas”<sup>64</sup>.

### 3.2.20 modelo da eficácia indireta ou mediata

A obra *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, publicada em 1956 e de autoria do professor alemão de Direito Constitucional Günter Dürig, é a expoente da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada. Tamanha a importância do livro que suas ideias são aplicadas até hoje na Corte Constitucional da Alemanha.

Como explica Sarlet, os direitos fundamentais são aplicados nas relações entre particulares “após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos

---

<sup>63</sup>SARMENTO, op. cit. pp. 195/196.

<sup>64</sup>SARMENTO, op. cit. p.196.

indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais”<sup>65</sup>. É o que avalia como “recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado”<sup>66</sup>.

Detalha Sarmento:

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Dürig, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos, contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, pode ser lícitos no âmbito do Direito Privado. E, por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um direito fundamental. Sem embargo, Dürig admite a necessidade de se construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado –, os quais devem ser interpretados e aplicados pelo juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais. Neste sentido, a teoria da eficácia mediata liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>67</sup>.

Desta forma, depreende-se que, diferentemente do modelo da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria da eficácia mediata prevê uma “ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento”<sup>68</sup>. Todavia, com relação ao Direito Privado, tais normas devem ser aplicadas sob a sua luz, o que a diferencia da teoria da eficácia imediata ou direta.

Isso porque, defende a doutrina da eficácia mediata, no Direito Privado a proteção dos direitos fundamentais ocorre através de instrumentos típicos do próprio Direito Privado, não proveniente do Direito Constitucional.

Ademais, sustenta referida corrente doutrinária que caso a eficácia fosse imediata, haveria grave violação à autonomia da vontade e, conseqüentemente, enfraquecimento do Direito Privado. Sarmento expõe que tal teoria da eficácia direta “importaria na outorga de um poder desmensurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas

---

<sup>65</sup>SARLET, op. cit. p.378.

<sup>66</sup> SARLET, op. cit. p. 378.

<sup>67</sup>SARMENTO, op. cit. p. 198.

<sup>68</sup>SARMENTO, op. cit. p. 199.

constitucionais consagradoras destes direitos”<sup>69</sup>. Ou seja, a autonomia privada estaria à mercê da discricção dos magistrados.

Por isso, expõe Sarmento:

(...) cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais. Competiria ao legislador proteger os direitos fundamentais na esfera privada, mas sem descuidar-se da tutela da autonomia da vontade. Portanto, caberia ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época. Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação dos poderes.

Desta forma, restaria ao Judiciário na seara da eficácia indireta a tarefa de “preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislativo”<sup>70</sup>, assim como afastar por inconstitucionalidade normas privadas incompatíveis com os direitos fundamentais. É o que ocorre, como exemplifica Sarmento, nas Cortes Constitucionais da Alemanha, Espanha e Itália.

### **3.2.30 modelo da eficácia direta ou imediata**

Se por um lado os defensores da teoria da eficácia indireta argumentam que os direitos fundamentais só poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após certa integração de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, por outro, os adeptos do modelo da eficácia direta ou imediata não impõem óbices.

Sarlet explica:

(...) uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa

---

<sup>69</sup> SARMENTO, op. cit. p. 198.

<sup>70</sup> SARMENTO, op. cit. p. 200.

da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueta à margem da ordem constitucional<sup>71</sup>.

Pioneiros dessa teoria são os alemães Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner na década de 1950. Além de sustentarem que as ameaças aos direitos fundamentais não se resumem ao Estado, mas também englobam atores privados, advogam que a opção constitucional pelo Estado Social implica reconhecimento deste contexto e, conseqüentemente, extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Apesar de o modelo não ter recebido tanta atenções da Corte alemã – cabe destacar que teve significativa aceitação nos tribunais justicialistas germânicos –, é majoritário na Espanha, Portugal e Itália.

Todavia, há de destacar que, apesar do modelo de eficácia direta defender a extensão da incidência dos direitos fundamentais a relações entre particulares independentemente de qualquer intermediação legislativa, não há absoluta negação de ponderação. A razão é que o modelo em questão considera a presença de especificidades que exigem a análise dos direitos fundamentais frente à autonomia da vontade.

Conforme enumera Marcelo Novelino destacam-se as seguintes críticas ao modelo da eficácia imediata: “I) a desfiguração e a perda de clareza conceitual do direito privado; II) ameaça a sobrevivência da autonomia privada, conceito chave do direito civil; e III) a incompatibilidade com os princípios democrático, da separação dos poderes e da segurança jurídica”<sup>72</sup>.

Sendo assim, ante as críticas e o caso concreto, advoga Sarmento a necessidade de se analisar, antes de tudo, a desigualdade material entre os particulares envolvidos. Para ele, quanto maior a desigualdade fática em uma relação, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em voga, em detrimento da tutela da autonomia privada.

Defensor do modelo da eficácia direta e seguidor da mesma linha de pensamento de Sarmento, o doutrinador e atual Ministro do STF Luís Roberto Barroso lista como fatores que merecem relevo na ponderação entre autonomia da vontade e outro direito fundamental:

---

<sup>71</sup>SARLET, op. cit. p.379.

<sup>72</sup>ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.p. 409.



a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério adotado (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade humana (e.g., ninguém pode sujeitar-se a sanções corporais)<sup>73</sup>.

Sarmento ao expor sua tese em defesa deste modelo de eficácia direta em artigo escrito em coautoria com o juiz federal do Trabalho Fábio Rodrigues Gomes, promove:

Na verdade, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia correta de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares. Contudo, a premissa em que ela se lastreia – de que só o Estado estaria primariamente vinculado aos direitos fundamentais – parece francamente inadequada à realidade da vida moderna, além de eticamente injustificável. Não bastasse, aceitar a existência dos deveres de proteção e negar a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais encerra uma evidente contradição, já que, do ponto de vista lógico, só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por um particular se se aceitar também que ao particular em questão não é lícito causar aquela lesão – vale dizer, que ele também está vinculado ao respeito do direito fundamental<sup>74</sup>.

Levando-se em conta os autores aqui apresentados, prevalece em sede da doutrina brasileira a tese da vinculação direta ou imediata dos particulares aos direitos constitucionais. Quanto à jurisprudência nacional, Sarmento aponta:

Não são escassas as decisões judiciais utilizando os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privados. Porém, com raras exceções, estes julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, somente agora vem encontrando eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamento e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada<sup>75</sup>.

Dessa forma, conclui-se que, de certa forma a doutrina Brasileira aplica os direitos individuais previstos constitucionalmente na solução de litígios privados.

<sup>73</sup>BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 371.

<sup>74</sup>GOMES, Fábio Rodrigues e SARMENTO, Daniel. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Revista TST, Brasília, vol. 77, n.4, out/dez 2011, p. 5.

<sup>75</sup>SARMENTO, 2008, loc. cit.

### 3.3 Princípio da Igualdade Formal e Material

Base de qualquer democracia e estado republicano, da mesma forma que inerente aos valores da dignidade da pessoa humana e da igualdade, a igualdade é um valor jurídico fundamental à personalidade e ao desenvolvimento do Estado.

Em uma simples comparação, a Constituição Brasileira de 1969, vigente durante o período ditatorial, previa apenas uma vez a palavra “igualdade”, especificamente no artigo 168 ao tratar da igualdade de oportunidade no tocante à educação.

Já a Constituição de 1988, apelidada não à toa de Constituição Cidadã, possui oito previsões. A primeira delas logo no preâmbulo, que apesar de não ser considerado norma constitucional, é, na lição de Alexandre de Moraes, “elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem”<sup>76</sup>. E o documento de intenções da Constituição vigente dispõe sobre a igualdade como um dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

Mas é a previsão contida no caput do artigo 5º a mais célebre, ao expor que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, depreende-se desse dispositivo “que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”<sup>77</sup>.

Mello ainda destacar que “a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”<sup>78</sup>. É o que a doutrina costuma denominar como cláusula geral de igualdade.

Contudo, consoante aos ensinamentos do alemão Konrad Hesse, ao se levar em conta referida cláusula geral de igualdade, não se considera a pessoa

---

<sup>76</sup>MORAES, 2006. loc. cit.

<sup>77</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p 9.

<sup>78</sup>MELLO, op. cit. 10.

em sua personalidade, fenótipo, bem como aspectos sociais e culturais<sup>79</sup>. Ou seja, vislumbra-se apenas a realização do direito existente, sem ponderá-lo em prol ou em detrimento de alguma pessoa. É a chamada perspectiva da igualdade formal.

Nesta esteira, José Afonso da Silva lembra e critica:

A afirmação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem *iguais em direito*. Mas aí firmara a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classes. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada “numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea”<sup>80</sup>.

Como exemplo, Silva remonta ao período em que o regime escravocrata perdurou no Brasil. Afirma que a igualdade jurídica daquela época era compatível com a escravidão, tanto que a Constituição de 1824 ditava em seu artigo 179, inciso XIII, que “a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Resume José Afonso da Silva:

Cuida-se de uma justiça e uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente. No fundo, prevalece, nesse critério de igualdade, uma injustiça real. Esse verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais<sup>81</sup>.

Tendo em vista o esgotamento e insuficiência da igualdade material do modelo clássico, fez-se necessário um aprofundamento do princípio da igualdade. Isso porque se entendeu que a previsão legal, ainda que no Texto Maior de um Estado, não garante a liberdade no plano fático. Eis que surge a vertente material da igualdade.

Marcelo Novelino explica “que a igualdade material tem por fim a igualização, no plano fático, dos desiguais por meio da concessão de direitos sociais

---

<sup>79</sup>HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da república da Alemanha**. 20 ed., tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 330.

<sup>80</sup>SILVA, op. cit. 214.

<sup>81</sup> SILVA, op. cit.p.213.

substanciais”<sup>82</sup>. Desta forma, exige-se uma atuação positiva do Estado, “intervindo restritivamente na igualdade jurídica a fim de proporcionar, aos menos favorecidos, igualdades reais de condições com os demais”<sup>83</sup>.

José Afonso da Silva destaca que referida vertente material leva em conta as diferenças entre grupos, não se limitando a um sentido individualista da doutrina clássica. Silva argumenta:

Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” pode diferir totalmente sobre outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como “essenciais” ou “relevantes”, certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos “essenciais” previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas “situações idênticas”, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse sentido, já se pronunciou, também, Seabra Fagundes, para lembrar que os “conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório”<sup>84</sup>.

Essa mudança de mentalidade em relação à concepção individualista se deu em razão de uma alteração de paradigma do Estado, haja vista a substituição da visão liberal pela social. Sobre esse cenário, mister se faz apresentar parte do voto do ministro do STF Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) 319-4/DF<sup>85</sup>:

O Estado Liberal caracterizava-se pela neutralidade assumida na cena econômica e social. A doutrina do *laissez-faire, laissez-passer* conferia base ideológica ao liberalismo econômico. O Estado Liberal, também denominado Estado Mínimo ou Absenteísta, não intervinha na ordem econômica e social. Limitava-se a fiscalizar o livre e normal desenvolvimento das atividades de produção. Por isso foi identificado como o *État gendarme*. Os abusos e iniquidades então cometidos constituíam, por

---

<sup>82</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.p.497.

<sup>83</sup>NOVELINO, 2012, loc. cit.

<sup>84</sup>SILVA, 1998, loc. cit.

<sup>85</sup> Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708060/questao-de-ordem-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-319-df>>. Acesso em 17 out. 2015.

uma questão até dogmática, fenômenos incapazes de estimular, no aparelho de Estado, uma resposta apta a solucionar os graves conflitos resultantes das relações sociais.

Dentro dessa concepção estritamente liberal do Estado, insensível ante a questão social, as liberdades clássicas ou negativas tornaram-se conquistas jurídicas e políticas meramente formais. Sob essa perspectiva, a chamada liberdade-autonomia, que impõe ao Estado um dever de abstenção na esfera da atuação dos indivíduos, nenhuma importância passaria a ter se o Estado, previamente, não criasse condições materiais adequadas que satisfizessem as necessidades vitais do indivíduo, como o direito à alimentação, o direito à habitação, o direito à saúde, o direito à educação, o direito ao lazer, etc. Impunha-se ao Estado, portanto, cumprir, em favor das pessoas, uma série de encargos, prestações ou deveres, que adimplidos, tornaria possível, então, o gozo das chamadas liberdades clássicas.

Processou-se, daí, uma evolução jurídico-política na própria concepção de Estado. Do Estado Liberal evoluiu-se para o Estado Social, caracterizando-se este por sua ação interventiva na ordem econômica e social. De simples espectador da cena sócio-econômica, o Estado passou a ser um de seus mais importantes protagonistas.

Esse Estado Social, qualificado pelo intervencionismo, é que busca a concretização de direitos sociais (segunda dimensão) e a realização da justiça social. Assim, o princípio da igualdade evolui para uma concepção de real e efetiva igualdade, em que não só envolve a não-discriminação, mas também a discriminação visando maior igualização, a chamada discriminação positiva<sup>86</sup>.

Esse conjunto de atitudes negativa (não-discriminação) e positiva (discriminação) que completam o conceito de igualdade culmina na máxima aristotélica de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades. Cabe destacar que, apesar de soar moderna, a ideia daquilo que Aristóteles denominou justiça distributiva foi exposta na obra *Ética a Nicômano*, que remonta a mais de 300 anos antes de Cristo.

Quanto à discriminação positiva, Alexandre de Moraes adverte:

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> SILVA, 2005. loc. cit.

<sup>87</sup> MORAES, 2006. loc. cit.

Consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello três são os critérios para análise da discriminação positiva:

(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles<sup>88</sup>.

Vale lembrar que a própria Constituição Federal prevê a isonomia material. Entre outros, pode-se citar como exemplos o artigo 3º, incisos I (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”) e III (“erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”), bem como o artigo 7º, incisos XX (“proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”) e XXX (“proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”).

Desta forma, nota-se que o Texto Maior está em sintonia com as concepções formal e material da igualdade.

Por fim, importante destacar a conclusão de Sidney Pessoa Madruga de Silva:

O princípio da não-discriminação, como visto, embora seja matéria consagrada em vários instrumentos no direito internacional de proteção dos direitos humanos, não atende, *per se*, a todo dos reclamos das minorias. Assim, não basta que as discriminações sejam combatidas. O princípio isonômico não se restringe a vedar discrimenes. É preciso mais. Necessita-se efetivar o mandamento constitucional. Tornar possível não só ao cidadão comum ver realizado os preceitos jurídicos-formais já estabelecidos, como ainda por em prática o que a Constituição taxou como substancialmente igualitário<sup>89</sup>.

E referida efetivação do mandamento constitucional tem como um dos valiosos caminhos a implementação de ações afirmativas. Do contrário, a igualdade permanecerá na esfera teórica, enquanto que na prática, parafraseando George Orwell e sua obra *A revolução dos bichos*, notar-se-á que todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros.

---

<sup>88</sup> MELLO, 2006. loc. cit.

<sup>89</sup> MADRUGA, 2005. loc. cit.

Salienta-se assim, que com as mudanças adota-se uma visão mais ampla ao critério de igualdade, sendo o critério material. O princípio da igualdade material, não proíbe que a lei dê tratamento diferenciado entre determinados grupos minoritários, como em razão de gênero, condição social, raça, cor ou idade. O que se estabelece é que essas diferenciações sejam realizadas de forma razoável.

### 3.4 Princípio da Solidariedade Social

A Constituição Federal de 1988, marco histórico legislativo de superação do regime de exceção que no país vigorou entre 1964 e 1985 sob o comando de militares, trouxe inúmeros direitos e garantias não só individuais, mas também sociais.

Ao mesmo tempo em que reforçou o plano privado do indivíduo, o Texto Maior abarcou ideais sociais que ganharam força essencialmente no século XX após a celeuma e atrocidades da Segunda Guerra Mundial, que até hoje envergonham a humanidade com imagens de campos de concentração como o Auschwitz.

Entre esses ideais, pode-se destacar o artigo 3º da Constituição Federal, incisos I e III, que alavancam como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais.

Moraes explica:

Assim é que os incisos do art. 3º conclamam os Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial, vedados os preconceitos de qualquer espécie. Não há espaço, no projeto constitucional, para a exclusão; mas também não há lugar para a resignação submissa, para a passiva aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) vivemos. De acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração do nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os seus cidadãos<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. Artigo integrante do volume comemorativo do 60º aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio.p. 2.

Segundo a doutrinadora, a referência de maneira expressa e destacada como objetivo fundamental da República significa o estabelecimento de um “princípio jurídico inovador em nosso ordenamento”<sup>91</sup>. Desta forma, deve ser levado em consideração não apenas pelo legislador e pelo executor de políticas públicas, “mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade”<sup>92</sup>.

Quanto à solidariedade em si, Moraes explica:

A solidariedade pode, então, ser compreendida sob diversas facetas: como um fato social do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseco do nosso ser no mundo; como virtude ética de um reconhecer-se no outro (que “faz do outro um outro eu próprio”) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ou outro o que é seu); como resultado de uma consciência moral e de boa-fé ou, ao contrário, de uma associação para delinquir; como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e/ou institucionais. Fato social, virtude, vício, pragmatismo e norma jurídica são os diferentes significados do termo. Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva com o livre e justa, sem excluídos ou marginalizados<sup>93</sup>.

Ademais, destaca-se que, no tocante à distinção clássica entre direito público e direito privado, os limites externos ao direito subjetivo já não são tão mais raros como antigamente, tendo em vista os ideais sociais e as funções dos institutos jurídicos.

A noção de ordem pública, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, também sofre mutação hermenêutica com a Constituição Federal de 1998, “com particular ênfase às normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional”<sup>94</sup>.

Moraes conclui:

---

<sup>91</sup>MORAES, op. cit. p. 2.

<sup>92</sup>MORAES, op. cit. p. 2.

<sup>93</sup>MORAES, op. cit. p. 7-8.

<sup>94</sup>MORAES, op. cit. 2.



Neste sentido, aponta-se a existência de uma cláusula geral de ordem pública que seria expressão geral do princípio da solidariedade. Equivale, porém, tal princípio, segundo a interpretação mais conforme com a Constituição, ao instrumental adequado e necessário a atribuir a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas para exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a esta correspondente<sup>95</sup>.

Tendo em vista que a existência do princípio da solidariedade social na Constituição Federal, nota-se que constituinte imputou ao Estado e à sociedade civil a busca pela construção de uma sociedade solidária. Deve-se salientar ainda que o princípio em voga não se restringe a impor limites à autonomia privada ou dedicar preferência à solidariedade social. Como resume Moraes o “princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores”<sup>96</sup>.

Assim, depreende-se que o princípio da solidariedade social, que determina a cooperação de todas as pessoas que constituem determinada sociedade em favor desta como um todo, especialmente daqueles carecedores de auxílio, como os discriminados. E nesta seara solidária, a igualdade substancial ganha corpo e eficácia.

---

<sup>95</sup> MORAES, op. cit. p. 9.

<sup>96</sup> MORAES, op. cit. p. 18.

## 4 AÇÕES AFIRMTIVAS

### 4.1 A Evolução Histórica

As ações afirmativas originaram-se nos Estados Unidos, mas hoje já adotadas em diversas países, vem a princípio com o objetivo de superar a discriminação racial nas relações de trabalho, visto aos negros era dado um tratamento diferente em relação a população branca.

Destaca-se o Presidente John Kennedy, que embora fosse de uma família afortunada, não deixava de defender a parcela minoritária da população americana. Ao decorrer de sua campanha em 1960 sua campanha teve com enfoque as parcelas da população menos favorecidas, e com essa campanha consegue ganhar as eleições e se torna presidente dos Estados Unidos, em janeiro de 1961.

A fim de promover o que prometeu em sua campanha, mesmo sem o apoio de muitos congressistas, dois meses após assumir a presidência, John, expediu a ordem executiva nº 10.925 de seis de março de 1961, nessa ordem foi utilizada pela primeira vez a expressão *affirmative action*, como corrobora Menezes:

De acordo com essa Executive Order, nos contratos celebrados com o governo federal, o contratante não discriminará nenhum candidato a emprego devido a 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, sua nacionalidade<sup>97</sup>.

Essa ordem visava promover a igualdade e combater a discriminação entre os contratantes e o governo federal, sendo criado o Comitê Presidencial sobre a Igual Oportunidade de Emprego (*President's Comiteon Equal Employment Opportunity*), um órgão de fiscalização a discriminação existente nas relações trabalhistas, ficando vedado qualquer tipo de discriminação em relação aos candidatos as vagas de emprego, quanto aos que já estão no cargo.

---

<sup>97</sup>MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

Em 22 de novembro de 1963, Presidente John, foi assassinado e o seu Vice-Presidente Lyndon N. Johnson deu continuidade aos seus projetos, que em razão da repercussão da morte de Kennedy, obteve êxito no Congresso para que aprovasse projetos em seu primeiro ano de governo.

Entre os projetos o *Civil Rights Act* de dois de julho de 1964 (Lei dos Direitos Civis), destaca-se este como salienta Menezes:

Entre esses projetos destaca-se o Civil Right Act de 2 de julho de 1964, que impôs no plano legal, a proibição de discriminação ou segregação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de qualquer discriminação no mercado de trabalho calcada em raça, cor, sexo ou origem nacional, proibição essa que deveria ser observada pelos grandes empregadores, assim compreendidos todos aqueles que tivessem pelo menos quinze funcionários, incluindo-se as universidades, públicas ou privadas (Título VII). Esta última passagem do texto legal também institui a Permanent Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), à qual foram conferidos poderes específicos para executar as novas diretrizes fixadas<sup>98</sup>.

Apesar dessas medidas, pouco prosperou a luta a discriminação, assim, passou a aderir posturas mais agressivas, demonstrando isso em seu discurso em 1965 perante a Howard University, como ilustra Menezes:

“Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz ‘Você está livre para competir com todos os outros’, e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo. Assim não é suficiente abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões”<sup>99</sup>.

Com seu discurso o Presidente indicou, as suas próximas atitudes. Tanto é que, expediu no mesmo ano de 1965 a ordem executiva nº 11.246, passando a exigir não só a não prática de discriminação, mas como medidas positivas em favor das minorias desfavorecidas.

Salienta Roger Raupp Rios:

Tratava-se uma determinação administrativa dirigida às empresas vinculadas ao Governo Federal, direta ou indiretamente (contratantes e favorecidos com subsídios), determinando que todos os contratos tivessem cláusula expressa, segundo o qual “o contratante não discriminará uma *affirmative action* para garantir que os postulantes serão selecionados e

---

<sup>98</sup> MENEZES, op. cit. p. 90-91.

<sup>99</sup> MENEZES, op. cit. p 91.

que os salários serão definidos sem relação à raça, crença, cor ou origem nacional”<sup>100</sup>.

Procurou-se instituir medidas sólidas no combate à discriminação, em que se estipulou uma cláusula para garantir a atuação positiva por parte das empresas vinculadas ao Governo Federal, de modo que, as empresas agissem de forma efetiva para favorecer candidato à vaga ou já sendo funcionário, para que não houvesse qualquer tipo de discriminação em razão de sua raça, cor, crença ou origem.

Ao expedir essa ordem, foi utilizada pela primeira vez a expressão *Affirmative Action* (Ações Afirmativas).

Essa ordem, não teve alcançados todos os seus objetivos, porém foi importante, uma vez que, com seu surgimento, os programas no sentido de atuar de forma efetiva a favorecer as minorias, tornaram-se importantes, e passaram a ser vistos sob por políticas governamentais, que hoje passa a ter o conceito de ações afirmativas.

Em 1969, Richard Nixon assumiu a presidência, e designa Arthur Fletcher, um negro, que exercia o cargo de assistente do Secretário do Trabalho de George Schultz, a função de criar um projeto a fim de cumprir o disposto no Título do *Civil Right Act* de 1964.

A esse projeto foi dado o nome de *Philadelphia Plan* e foi introduzido no ordenamento jurídico em dezembro de 1971, através da *Office Contract Compliance (OFCC) Revised Order* nº4, onde se destaca a observância de percentuais na contratação de empregados.

Aponta Menezes:

Segundo as suas disposições, os contratantes com o governo federal deveriam desenvolver, anualmente, *programas de ação afirmativa* com a finalidade de identificar e corrigir deficiências existentes em relação às mulheres e a grupos minoritários (v.g negros, índios, e hispânicos), o que se daria pelo cumprimento e pela observância de determinadas metas numéricas (*goals*) na construção de empregados, as quais seriam fixadas de acordo com a participação dessas mesmas minorias no mercado de trabalho. Referidas metas, contudo, não poderiam ser “quotas rígida e inflexíveis”, mas alvos razoavelmente atingíveis, encetando-se todo esforço

---

<sup>100</sup>RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.161.

e boa-fé para fazer com que todos os aspectos do programa de ação afirmativas funcionem”<sup>101</sup>.

Com a criação desse projeto, se tornou possível correção, até no poder judiciário, por exemplo, no caso da NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), em que foi a polícia estadual do Alabama foi processada, pois não tinham ao menos um negro entre seus membros.

Foi determinado pelo Juiz Federal M. Johnson Jr. que para cada policial branco contratado, deveria um policial negro ser empregado, até que 25% da força policial estivessem compostas por negros. Com essa decisão, aquela força policial se tornou a maior com integração racial do país.

Insta aqui, uma sucinta exposição das políticas governamentais de combate à discriminação.

#### **4.1.2 Jurisprudência na Suprema Corte Americana**

Para elucidar a adoção das ações afirmativas em território estadunidense, entre os casos notórios que chegaram à Suprema Corte e moldaram a jurisprudência naquele país, quatro deles merecem atenção detalhada: *Griggs vs. Duke Power Co.* (1971), *Regentes of the University of California vs. Bakke* (1978), *United Steelworkers of America vs. Weber* (1979) e *Johnson vs. Transportation Agency* (1987).

##### **4.1.2.1 Caso *Griggs vs. Duke Power Co.* (1971)**

Julgado em 8 de março de 1971, o caso é considerado pioneiro pela doutrina norte-americana no que se refere a ações afirmativas.

A Duke Power Company empresa então responsável pela geração, transmissão, distribuição e venda de energia elétrica nos estados da Carolina do Norte e da Carolina do Sul, passou a exigir dos candidatos a novas vagas, bem como de seus empregados que desejassem uma transferência ou uma promoção, o

---

<sup>101</sup>MENEZES, 2001, loc. cit.

diploma do segundo grau e a realização de testes padronizados para avaliar o nível de inteligência.

Todavia, um grupo de empregados negros moveu uma ação contra a empresa alegando que os testes aplicados não eram importantes para as funções exercidas e que as provas apenas serviam para perpetuar a segregação existente, uma vez que o nível dos cursos educacionais oferecidos aos negros estava muito aquém dos demais grupos sociais.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte, embora tenha reconhecido que os testes eram neutros tendo em vista serem iguais a todos, entendeu que a forma de avaliação culminava em um impacto racial adverso (*disparate racial impact*) e, conseqüentemente, na perpetuação da discriminação racial ocorrida no passado.

O Presidente do Tribunal Warren Earl Burger, ao proferir seu voto<sup>102</sup>, salientou que os negros recebiam educação de nível inferior nas escolas segregadas e que, por isso, o mesmo tribunal já havia barrado a instituição de um teste de alfabetização para registro de eleitores na Carolina do Norte, uma vez que significaria uma violação indireta ao direito de voto por motivo de raça. Ademais, afirmou que o Congresso, ao edificar o Título VII, proibindo a discriminação nas relações trabalhistas, não pretendia garantir emprego a todas as pessoas independentemente de suas qualificações, muito menos a contratação em razão de a pessoa ter sido discriminada ou fazer parte de um grupo minoritário. Segundo ele, o escopo da referida lei é a remoção de barreiras artificiais, arbitrárias e desnecessárias nas relações empregatícias.

Burger ainda salientou que a lei proíbe não somente as discriminações ostensivas, mas também práticas justas em sua forma, mas discriminatórias na prática. E asseverou que, se uma prática de emprego que opera para excluir negros não pode ser demonstrada pelo empregador como uma decorrência do desempenho no trabalho, a prática é proibida.

Segundo Paulo Lucena de Menezes:

Com esse julgamento, restou cristalizada a *teoria do impacto adverso ou diferenciado*, segundo o qual os autores de processos judiciais poderiam demonstrar a natureza discriminatória de várias práticas, tais como simples testes de inteligência ou aptidão, pela mera comprovação estatística do

---

<sup>102</sup> Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/401/424>>. Acesso em 20 out. 2015.

desequilíbrio racial (ou outro qualquer) que resultava das mesmas. Além do mais, eles não precisavam provar que os empregadores tinham a intenção de promover a discriminação, mas apenas que práticas específicas, independentemente de quaisquer motivos, tinham reflexos discriminatórios para os negros ou outros segmentos da sociedade<sup>103</sup>.

Por fim, convém destacar a seguinte consideração do Presidente do Tribunal Warren Earl Burger: “O Congresso ordenou que todos os testes utilizados devem avaliar a pessoa para o trabalho, e não a pessoa em abstrato”.

#### **4.1.2.2 Caso *Regents of the University of California vs. Bakke* (1978)**

Julgado em 28 de junho de 1978<sup>104</sup>, a disputa em questão é considerada histórica na esfera educacional, ainda mais por tratar de quotas específicas, tema ainda hoje relevante e polêmico.

O caso *Regents of the University of California vs. Bakke* discutiu a legitimidade da destinação de 16 das 100 vagas no processo de admissão da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, localizada no município de Davis, a membros de grupos minoritários, como negros e descendentes de mexicanos e asiáticos, e a indivíduos em condições econômicas e/ou educacionais desvantajosas.

Allan Bakke, engenheiro e veterano da Guerra do Vietnã, decidiu cursar medicina, mas já havia sido reprovado em mais de 12 faculdades, inclusive por ser considerado velho demais. À época, tinha 32 anos. Em 1973, depois de fazer 468 pontos de 500 possíveis, não conseguiu a vaga na Universidade da Califórnia. No ano seguinte, alcançou 549 dos 600 pontos, mas foi novamente reprovado. Em ambos os anos, os candidatos que concorriam às 16 vagas reservadas foram admitidos com escores significativamente inferiores ao de Bakke.

Assim, depois de sua segunda reprovação, Bakke moveu uma ação no Tribunal Estadual buscando seu ingresso na Universidade da Califórnia. Como argumentos, alegou que o programa especial de admissão lhe discriminara em razão de sua raça, em violação à cláusula de proteção igualitária da Décima Quarta

---

<sup>103</sup>MENEZES, 2001, loc. cit.

<sup>104</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/case.html>>. Acesso em 20 out. 2015.

Emenda, assim como de dispositivos da Constituição da Califórnia e da Lei dos Direitos Cívicos de 1964, que previa que nenhuma pessoa, em razão de raça ou cor, poderia ser excluída da participação em qualquer programa de assistência financeira federal, uma vez que a referida instituição recebia recursos do governo federal.

O desenrolar do processo é assim relatado por Paulo Lucena de Menezes:

Na primeira decisão proferida no processo, entendeu-se que, embora programa desenvolvido pela universidade violasse as previsões constitucionais e legais suscitadas, a medida em que adotara a raça como um critério para diferenciar os candidatos, Bakke não poderia ser admitido no curso, pois ele não havia demonstrado que teria sido aprovado caso o aludido programa não estivesse sendo aplicado.

A Suprema Corte do Estado da Califórnia, na sequência, inverteu essa orientação, ao reconhecer a violação da Décima Quarta Emenda Constitucional que, para os magistrados, impedia que o Poder Público, ou pessoas jurídicas que fossem beneficiadas com recursos públicos, adotassem qualquer critério racial para dispensar tratamento diferenciado em favor de qualquer indivíduo. Nesses termos, e entendendo-se incorreta a necessidade de Bakke provar que seria admitido pela Universidade, na ausência do programa especial de admissão, foi dado ganho de causa ao autor<sup>105</sup>.

Todavia, o julgamento apresentou um tribunal dividido, pois os nove ministros apresentaram posições distintas sobre o tema, não havendo maioria em qualquer uma delas. Resume Paulo Lucena de Menezes:

(...) o processo terminou apresentando duas decisões distintas, sendo que ambas foram definidas por cinco votos a quatro: 1) Bakke deveria ser admitido na Faculdade de Medicina, pois o Título VI do *Civil Right Act* de 1964 foi desrespeitado; 2) não existiriam impedimentos para que, observadas determinadas condições, a raça ou a etnia fosse adotada como critério seletivo em programas elaborados para beneficiar determinados grupos sociais<sup>106</sup>.

Essa decisão foi muito importante Na visão de Álvaro Ricardo de Souza Cruz embora dividida, “a decisão foi importante porque legitimava implicitamente as ações afirmativas voluntárias, mas impunha a elas um rigoroso julgamento para a admissibilidade de sua constitucionalidade”<sup>107</sup>.

<sup>105</sup>MENEZES, op. cit. p. 99-100.

<sup>106</sup>MENEZES, op. cit. p. 100.

<sup>107</sup>CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.** Belo Horizonte: Arraes Editora, 2009. p.168.



#### 4.1.2.3 Caso *United Steelworkers of America vs. Weber* (1979)

Em 1974, o *United Steelworker sof America* (USWA), espécie de sindicato dos metalúrgicos norte-americano, e a *Kaiser Aluminum Chemical Corporation* estabeleceram um acordo a ser adotado em 15 unidades da referida empresa de alumínio. O acordo incluiu um plano de ação afirmativa projetado para eliminar o desequilíbrio racial na companhia, uma vez que os empregados eram quase exclusivamente brancos.

Convencionou-se que 50% das vagas em programas de treinamento de artesanato no local de produção seriam reservadas a negros até que a porcentagem destes trabalhadores alcançasse os números da região das unidades. Isso porque, até então, apenas 1,83% dos artesãos qualificados eram negros, embora estes representassem 39% da força de trabalho nas regiões onde as unidades da Kaiser estavam instaladas.

Durante o primeiro ano do plano, sete negros e seis brancos, todos *trainees*, foram selecionados. Um dos brancos preteridos no processo seletivo, Brian Weber resolveu mover uma ação<sup>108</sup> alegando que, em virtude da ação afirmativa fixada, foi discriminado racialmente assim como outros colegas, alegando violação, entre outros dispositivos, do Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964.

Conforme explicação de Roger Raupp Rios sobre o resultado do julgamento:

Por maioria, a Suprema Corte validou plano voluntário de contratação preferencial de trabalhadores negros até chegar-se à representação da força de trabalho racialmente compatível com a população local. Discutindo o Título VII, conclui-se que os objetivos de remediar os efeitos presentes da discriminação passada e da melhoria das condições econômicas da população negra, através da utilização de cotas numéricas, não violava a garantia da igualdade prevista no *Civil Rights Act*. A minoria sustentou que medidas orientadas racialmente seriam proibidas sob este estatuto, mesmo que adotadas voluntariamente<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/193/case.html>>. Acesso em 20 out. 2015.

<sup>109</sup>RIOS, 2008. Loc. cit.

Assim, a maioria entendeu que a utilização dessas cotas não violaria a igualdade prevista no *Civil Rights Act*.

#### **4.1.2.4 Caso *Johnsonvs. Transportation Agency*(1987)**

O caso em questão merece atenção em razão de se tratar de uma medida afirmativa fundada no gênero.

A origem da questão se deu em 1978, quando um plano de ação afirmativa para contratar e promover grupos minoritários e mulheres foi voluntariamente adotado pela Santa Clara *County Transportation Agency*. O plano previa que, ao analisar promoções dentro de cargos tradicionalmente segregados, em que as mulheres tenham sido sub-representadas, a empresa estava autorizada a considerar o gênero como critério de seleção. O escopo da medida era alcançar uma melhora anual na estatística da composição do quadro de trabalhadores condizente com a realidade regional.

Em uma das seleções, Diane Joyce e Paul Johnson foram os finalistas e apenas a primeira foi promovida. Foi então que o candidato preterido resolveu buscar o Poder Judiciário argumentando que a empresa tinha violado o Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964.

Na decisão<sup>110</sup>, proferida em 25 de março de 1987, a Suprema Corte reconheceu que a agência levou em conta o gênero na determinação da promoção, mas que o plano representava uma abordagem moderada, flexível e casuística, buscando a melhoria gradual na representação das minorias e das mulheres, sendo totalmente compatível com o Título VII citado.

Conforme análise de Roger Raupp Rios (2008, p. 170), o entendimento majoritário da Suprema Corte “salientou que tais metas, não afastando automaticamente a possibilidade de homens brancos ascenderem ou serem contratados, compatibilizam-se com a garantia da igualdade”.

---

<sup>110</sup> Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/480/616>>. Acesso em 10 out. 2015.

## 4.2 Conceito

Para o estudo das ações afirmativas, é necessário conceituá-las, assim, define Joaquim Barbosa:

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<sup>111</sup>.

Essas políticas visam concretizar a igualdade material, são denominadas ações afirmativas, elas podem ser conceituadas como políticas de caráter coercitivo ou voluntário, com a finalidade mitigar a desigualdade desenvolvida através dos anos, em relação a certos grupos sociais, em função de fatores sociológico ou biológico de determinados indivíduos.

Isto é, políticas específicas que focam um determinado grupo, a fim de que alcancem o mesmo patamar de determinados grupos, visto que existe uma discriminação que dá consequência a desigualdade, sendo que esses grupos não se desenvolvem da mesma maneira que os outros.

A princípio o que se tinha era somente a proibição da discriminação, em relação as práticas de contratação, porém, inicialmente apenas em relação a discriminação racial e posteriormente em relação a outros grupos étnicos e em relação ao gênero, mas com o passar do tempo tomou outra forma, para efetiva igualdade material, princípio constitucional reconhecido, se faz necessária atuação do Estado de forma positiva, não apenas proibindo a discriminação, para que seja mitigada a desigualdade, e, conseqüentemente promovida a igualdade material, medidas assim, são de discriminação positiva.

Faz-se necessário ressaltar que é costumeiro associar “ação afirmativa” como a ideia de cotas, mas elas são apenas espécies de ações afirmativas.

Ainda, as ações afirmativas não são somente por parte do Estado, pois o Estado e sociedade podem impor medidas de discriminação positiva, tendo em vista que a sociedade se julga igualitária.

---

<sup>111</sup>GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.20.

### 4.3 Objetivos

As ações afirmativas objetivam promover a igualdade, não apenas proibindo a discriminação, mas sim, através de políticas antidiscriminatórias de inclusão, em que, tais políticas, propiciam a igualdade para determinados grupos socialmente excluídos.

Inicialmente, as ações afirmativas foram implementadas como um encorajamento para a maior participação no mercado de trabalho e na educação, por parte das minorias historicamente discriminadas. Atualmente se tratam de imposições legais, em que, garante as essas minorias oportunidade de obter os bens da vida condições iguais a todas as outras pessoas.

Carmem Lucia corrobora para o tema (1996, pg. 88) “de um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer se dizer de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica”.

Com esse objetivo de combater a discriminação, usa-se de próprias discriminações positivas, para que os grupos de pessoas excluídas cheguem ao mesmo patamar dos mais favorecidos socialmente.

É também objetivo das Ações, promover a igualdade no presente e diminuir os efeitos da discriminação existente no passado.

Expõe sobre o tema Joaquim Barbosa:

[...] a ação afirmativa tem como objetivo não apenas coibir a discriminação no presente, mas sobretudo eliminar os «lingering effects», ie, os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada «discriminação estrutural», espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados<sup>112</sup>.

Outro objetivo a que menciona Joaquim Babosa, é em relação à “personalidades emblemáticas” (*role Models*).

Vale dizer, elas seriam um dos principais instrumentos de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente: os representantes de

---

<sup>112</sup>GOMES, 2001, loc. cit.

minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de quem não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida. Noutras palavras, quando se fala em «role models» as ações afirmativas são tidas como mecanismos de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários<sup>113</sup>.

Por esse objetivo, existir esses exemplos entre os jovens é muito importante, na sua formação, pois eles serviriam de exemplos para as gerações mais jovens que foram quebradas barreiras por seus ascendentes.

Como no caso de maior quantidade de estudantes negros, por exemplo, no ensino superior, formaríamos mais negros, assim teríamos mais professores negros, e essa imagem, daria ensejo a mais estudantes adolescentes negros desejarem chegar aonde seus professores chegaram.

Por último deve ser levado em conta objetivo das ações como aduz Joaquim Barbosa “induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação a mulher”<sup>114</sup>.

Ainda sobre o assunto aponta Sidney Madrugá “uma espécie de ruptura com o meio social dominante, no que diz respeito à prevalência de certos estigmas arraigados culturalmente no imaginário coletivo, ao contrapor-se a inúmeras ideias estereótipos culturais – como, por exemplo: negro é burro; o índio é indolente e preguiçoso; a mulher é incapaz; o judeu é avarento, etc.”<sup>115</sup>.

#### 4.4 Destinatários

---

<sup>113</sup>GOMES, op. cit., p.48-49.

<sup>114</sup>GOMES, op. cit., p.44.

<sup>115</sup>MADRUGA, 2005, loc. cit.

Os destinatários das ações afirmativas, sem dúvidas, são as minorias, seja em razão de fator racial, econômico, intelectual, étnico, ideológico ou econômico.

Ao falarmos de minorias, não devemos levar em conta só o fator quantitativo, mas sim, qualitativo, como expõe Sidney Madrugá:

Ao se propugnar uma maior igualdade de tratamento, uma maior igualdade de oportunidades, para determinada parcela da população, não se pode restringir a representatividade desse mesmo grupo a uma mera expressão numérica de segundo grau, e sim tratar perquirir os aspectos econômicos-sociais que incidem sobre essas pessoas, submetidas historicamente a forte exclusão e oprimidas ante outra parcela de poder numa escala de organização social, na qual são objeto de discriminação e preconceito<sup>116</sup>.

Portanto, para identificarmos minorias, devemos levar em conta os critérios sociais, econômicos e políticos em que se submetem o grupo social excluído, tratados diferentemente pela sociedade, sendo qualitativamente tratados em situação inferior.

Um grupo com um grande número de pessoas pode ser tido como uma maioria, mas que são minorias, como por exemplo, negros no Brasil, em que, são em grande quantidade, mas são tidos como minorias, em relação a direitos.

Sobre assunto Sidney Madrugá menciona Carmém Lúcia Rocha:

Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, afetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, minoria no direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se contam os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a maioria, na prática dos direitos, nem sempre significa o número menor de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o

---

<sup>116</sup> ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 33, p. 283-297, jul/set., 1996, p.285 *apud* MADRUGA, Sidney. Discriminação Positiva: **Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica. 2005, p. 84.

que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõe a sociedade brasileira<sup>117</sup>.

As pessoas jurídicas também podem ser destinatários, visto que tem direitos, não apenas aqueles direitos humanos, haja vista, serem inerentes do ser humano. Segundo Sidney Madrugá “pessoas jurídicas também podem ser contempladas pela discriminação positiva, *ex vi* do inciso IX, do art. 170, da Constituição da República, com relação dada pela Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, que prevê tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas segundo as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”<sup>118</sup>.

Assim, as pessoas naturais ou jurídicas, independentemente do valor numérico, deveram ter respeitados os seus direitos, diante o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, as minorias não são aquelas em menor número, mas sim, os que mesmo estando em grande número na sociedade, mas as que sofrem algum tipo de desvantagem ou discriminação.

#### **4.5 Espécies de ações afirmativas**

As ações afirmativas se manifestam de diversas formas, em que, o sistema de cotas, é a espécie mais conhecida, em geral nas áreas de empregos e educação, isto é, reserva de um determinado número de vagas a um percentual mínimo destinado a grupos minoritários, mas se limita apenas a essa espécie.

##### **4.5.1 Ações afirmativas em prol das mulheres**

Embora em países do Oriente regidos por fundamentalistas a discriminação de gênero ainda impere, no lado ocidental do globo o espaço feminino tem vivenciado nas últimas décadas um panorama de evolução. A visão de dono do

---

<sup>117</sup>GOMES, 2001, loc. cit.

<sup>118</sup>MADRUGA, 2005, loc. cit.

lar, a serviço do marido e filhos, a mulher hoje é mais participativa em todas as esferas, seja política, econômica ou social.

Mas o avanço ainda não significa equilíbrio, uma vez que até mesmo em países desenvolvidos ainda existe preconceito de gênero. Não por acaso ainda existem movimento feministas fortes ao redor do mundo, a exemplo do grupo ucraniano FEMEN, célebre por seus protestos com a utilização de mulheres nuas com escritos no corpo. Segundo o próprio grupo, fundado em 10 de abril de 2008, a missão do movimento é “criar condições mais favoráveis para as jovens mulheres se juntarem a um grupo social com a idéia geral de apoio mútuo e responsabilidade social, ajudando a revelar os talentos de cada um dos membros do movimento”<sup>119</sup>.

A perduração da discriminação ainda nos tempos atuais tem suas raízes na passagem da condição de nômade para sedentário na história da humanidade. Conforme doutrina de Álvaro Ricardo de Souza, com o surgimento de aldeias, cidades e império, a noção de propriedade da terra domina a humanidade e, com as terras particulares, “o convívio em pé de igualdade cede espaço a lei dos mais fortes”<sup>120</sup>.

Segundo referido doutrinador, a transição também alcançou a mitologia. Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Agora, um deus masculino cria o mundo sem qualquer intervenção feminina. Esta é a perspectiva judaico-cristã e muçulmana. Deus cria o mundo sozinho em sete dias. O homem é criado à sua semelhança. A mulher surge de um subproduto (costela) do primeiro e nasce com a função, na mensagem do Antigo Testamento, de teste acerca da fidelidade do homem para com Deus. Ela está quase sempre ligada à sedução, traição e torpeza, como nos lembram os mitos no livro do gênesis de Adão e Eva, a Arca de Noé, a destruição de Sodoma e Gomorra, e a história de Dalila atraindo o campeão de Deus (Sansão), bem como a de Salomé pedindo a cabeça de João Batista.

Se, nos primórdios da humanidade, o parto era visto como fonte de poder da mulher, agora se torna símbolo da sua fraqueza e da sua submissão. Ela é vista como um ser fraco e vulnerável. Sua missão se restringe a garantir a descendência do homem. Logo, sua sexualidade deve ser rigidamente controlada. Antes visto como fonte de fertilidade e prazer, o sexo passa aos domínios da tentação, do demônio e do pecado. Passa, portanto, a ser um pecado supremo<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Disponível em: <<http://femen.info/about/>>. Acesso em 15 out. 2015.

<sup>120</sup> CRUZ, op. cit. p.54.

<sup>121</sup> CRUZ, op. cit. p. 55.



No Brasil, país colonizado por países europeus de fortes traços patriarcais, o cenário da discriminação fez parte história e também o faz no presente. No âmbito do Estado, os primeiros benefícios especiais vieram à tona com a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1º de maio de 1943, sendo ampliados essencialmente pela Constituição de 1988. Exemplo disso foi a criação, através da Lei nº 9.799/99, do Capítulo III – Da proteção do trabalho da mulher, que prevê que “os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo”.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, todavia, destaca:

Interessante observar que a integração da mulher no Brasil ocorre quase exclusivamente por seu próprio esforço, em função da rápida mudança de mentalidade pela qual passa nossa sociedade. Assim, não assistimos a um esforço prioritário, salvo em algumas Prefeituras, em favor da criação de creches e pré-escolas que permitissem à mulher deixar seus afazeres domésticos, relativos aos filhos, para que pudesse trabalhar. O que se percebe, cada vez mais, é que as mulheres procuram o mercado de trabalho, independentemente da ajuda do governo, de sua empresa e até de seu marido<sup>122</sup>.

Quanto às ações afirmativas públicas, Cruz aponta, entre outras, a Lei nº 9.504/97, que estabelece normas para eleições. O artigo 10, § 3º, prevê quotas em vista do aumento da participação feminina nos Poderes Legislativo e Executivo: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”.

Recentemente, especificamente em 29 de setembro deste ano, a foi publicada a Lei nº 13.165/2015 que ampliou medidas para reforçar a participação feminina na esfera política. Texto publicado na página oficial do Tribunal Superior Eleitoral<sup>123</sup> explica uma importante inovação:

Dentre as principais alterações, estão a do artigo 44, inciso V, da Lei 9.096. Segundo o novo texto, os recursos do Fundo Partidário deverão ser aplicados: “na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de

---

<sup>122</sup> CRUZ, 2009. loc. cit.

<sup>123</sup> Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Outubro/serie-reforma-eleitoral-2015-regras-para-mudanca-de-partido-ficam-mais-rigiditas>. Acesso em 20 de out de 2015.

que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% do total”.

O parágrafo 7º do mesmo artigo, incluído pela Reforma Eleitoral 2015, trouxe outra novidade. Os recursos do Fundo Partidário poderão, a partir de agora, a critério da secretaria da mulher ou da fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, desde que mantidos em contas bancárias específicas, para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas do partido. Na opinião do ministro Henrique Neves, esta é a mais importante mudança na legislação no que se refere à promoção da participação das mulheres na política.

De acordo com o ministro, a destinação histórica de 5% do Fundo Partidário para ações e programas de incentivo à participação feminina na política se justifica porque embora as mulheres sejam a maioria da população do país, elas representam a grande minoria dos cargos públicos eletivos. “Há ainda, sim, em alguns locais, certo preconceito com a participação feminina. Nós temos que lutar contra isso. E não há nada que incentive mais a participação feminina do que financiar a campanha de mulheres, para promover a igualdade entre os candidatos. Essa alteração me parece que é a mais significativa para o incentivo da participação feminina nas eleições”, conclui.

Cabe destacar que é no campo da violência contra mulher que as ações afirmativas apresentaram mais medidas. Exemplo maior é a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, além de alterar o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

Entre as últimas medidas na seara criminal, convém destacar a inclusão, pela Lei nº 13.104/2015, do feminicídio no Código Penal, isto é, homicídio qualificado cometido contra mulher por razões de sexo feminino. Há ainda a previsão de aumento de pena de um terço até a metade se o crime for praticado: I) durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II) contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III) na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

A tipificação especial foi justificada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra Mulher em razão do assassinato de 43,7 mil mulheres no país entre 2000 e 2010, sendo que 41% delas mortas em suas próprias casas, a maioria por companheiros ou ex-companheiros. Ademais, alegou-se que o aumento de 2,3 para 4,6 assassinatos por 100 mil mulheres entre 1980 e 2010 colocou o Brasil na sétima posição mundial de assassinatos de mulheres.

#### 4.5.2 Ações afirmativas em prol dos homossexuais

A edificação do Estado moderno foi acompanhada pela noção de valorização do indivíduo, pautada no respeito à privacidade do indivíduo e de sua família, fundada na dignidade da pessoa humana, com restrições ao poder estatal.

Expõe Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Qualquer concepção contemporânea de Constitucionalismo reconhece no princípio do pluralismo, certamente em consonância com o da dignidade da pessoa humana, um dos seus eixos centrais. Essa aceitação é, em si mesma, uma verdadeira revolução em conceitos firmemente consolidados até a segunda metade do século passado. Isso porque a sociedade e o Estado eram vistos como fruto do consenso comum entre os homens sobre fatos sócio-culturais relevantes<sup>124</sup>.

Mas o pluralismo reconhecido não foi o suficiente, por si só, para afastar costumes e tradições patriarcais e religiosas arraigadas na sociedade. Entre as ações afirmativas tendo em vista o afastamento da discriminação por orientação sexual, destaca-se o Projeto de Lei nº 1.105/1995, que busca assegurar a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais regulados pela referida legislação.

Na justificação do projeto<sup>125</sup>, destacou-se que a ninguém é dado “ignorar que a heterossexualidade não é a única forma de expressão da sexualidade da pessoa humana”, ainda mais pelo fato de o Conselho Federal de Medicina, antecipando-se à Organização Mundial da Saúde, já em 1985 tomou sem efeito o código 302, o da Classificação Internacional de Doenças, não considerando mais a homossexualidade como desvio ou transtorno sexual.

Todavia, o supracitado projeto ainda não foi votado, especialmente em razão da oposição feita por bancadas religiosas no Congresso Nacional.

Apesar de ainda nem ter sido levado a plenário, o Poder Judiciário resolveu agir e, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução nº 175, que passou a proibir autoridades competentes de se

---

<sup>124</sup> CRUZ, 2009, loc. cit.

<sup>125</sup> Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=982499&filename=Dossie+-PL+1151/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=982499&filename=Dossie+-PL+1151/1995)>. Acesso em 20 out. 2015.

recusarem a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

A recusa de um cartório no cumprimento da resolução pode significar abertura de processo administrativo contra a autoridade desrespeitosa.

Como fundamento da aprovação, o CNJ considerou que nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo, assim como o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo.

#### **4.5.3 Ações afirmativas em prol dos negros**

A busca por mão-de-obra abundante e barata para exploração europeia do chamado Novo Mundo durante o período do colonialismo é apontada por historiadores como a origem do racismo e da discriminação. Nas palavras de Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

(...) o racismo e a desumanização dos índios e dos negros se tornaram necessários à legitimação da escravatura. Afinal de contas, a violência física e moral empregada para coagir os cativos por mais de quatrocentos anos não teve precedentes na história da humanidade.

(...) A escravidão provocou o genocídio de praticamente 90% dos ameríndios em algumas regiões da América. Doenças e armas de fogo dos brancos foram as principais causas. Assim, a mão-de-obra negra tornou-se a solução. Dezenas de feitorias foram instaladas nas costas africanas e milhões de negros capturados por facções e tribos rivais que se hostilizavam mutuamente<sup>126</sup>.

Não por acaso, no Brasil, país que viveu sob o regime da escravidão por mais de 300 anos – esta abolida legalmente em 1.888 com a Lei Áurea –, a discriminação racial ainda se perpetua apesar dos avanços legislativos.

Como exemplo dessa diferença que perdura ainda hoje, pode-se citar que, no tocante aos atendimentos realizados no Sistema Único de Saúde (SUS), a população negra representa 67%, e a branca, 47,2% do público total atendido. Os

---

<sup>126</sup> CRUZ, 2009, loc. cit.

dados fazem parte da 4ª edição do Retrato das Desigualdades de Gênero e de Raça, realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)<sup>127</sup>.

Entre as ações afirmativas públicas, destacam-se no Brasil aquelas cujo mote é o sistema de cotas na educação. O Estado do Rio de Janeiro foi pioneiro ao editar a Lei nº 3.254/2000, que garantia 50% das vagas nas universidades estaduais para provenientes de escolhas públicas municipais e estaduais. No ano seguinte, aprovou-se a Lei nº 3.708/2001, que passou a exigir a reserva de 40% das vagas especiais previstas na lei anterior para aqueles que se autodeclarassem negros ou pardos.

No âmbito federal, a Universidade de Brasília (UNB) foi a primeira a adotar uma política de inclusão racial. A primeira turma ingressou em 2004. O sistema utilizado – comissão para avaliar o fenótipo do candidato através de uma fotografia – gerou polêmicas, como quando dois irmãos gêmeos univitelinos foram classificados de maneira diferente, fazendo com que um deles ficasse em a vaga.

O sistema adotado pela UNB foi questionado no STF, que o considerou constitucional, conforme demonstra a ementa do julgamento da ADPF nº 186<sup>128</sup>:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

<sup>127</sup> Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>>. Acesso em 20 out. 2015.

<sup>128</sup> Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=186&processo=186>>. Acesso em 20 out. 2015.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

Quanto à evolução do sistema de cotas no Brasil, entre outras medidas, importante destacar que, conforme destacado na 4ª edição do Retrato das Desigualdades de Gênero e de Raça, “as políticas de expansão das universidades, o Prouni, as ações afirmativas e outras políticas têm contribuído para os avanços nesta área, no entanto, as desigualdades raciais que determinam e limitam as trajetórias de jovens negros/as explicam a discrepância dos dados”.

#### 4.5.4 Ações afirmativas em prol dos deficientes

Álvaro Ricardo de Souza Cruz assim introduz a questão:

A despeito da situação da exclusão social dos portadores de deficiência, não há como negar a existência de um número expressivo de normas de conteúdo afirmativo em seu favor, o que, como seu viú, não ocorre com as demais minorias. Todavia, o mais comum é que essas normas não tenham reconhecimento, pelo Estado, de sua efetividade jurídica, via de regra, por argumentos calcados no princípio da razoabilidade, no princípio da legalidade e no princípio da prévia dotação orçamentária<sup>129</sup>.

<sup>129</sup> CRUZ, 2009, loc. cit.

O eixo das ações afirmativas públicas está na Lei Federal nº 7.853/89, que “dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências”.

A legislação em voga, especificamente em seu artigo 2º, exige que o Poder Público e seus órgãos assegurem “às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos”. Entre as exigências, “a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino”, a criação de uma rede de saúde de serviços especializados em reabilitação e habilitação, bem como “a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte”.

Ademais, prevê como crime punível com reclusão de 1 a 4 anos e multa condutas como, entre outras, “recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta” e “obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência”.

Todavia, Álvaro Ricardo de Souza Cruz lembra que, embora a legislação seja clara, “os Ministérios Públicos Federal e Estadual têm sido constantemente chamados a garantir a efetividade de tal direito, seja por meios extrajudiciais (...) ou através de ações civis públicas”<sup>130</sup>.

Cruz ainda destaca a importância da sociedade civil:

(...) se o Estado brasileiro está longe de implementar um programa coerente de ações afirmativas em favor do portador de deficiência, tal não se pode falar da Sociedade brasileira, na qual inúmeras organizações não governamentais trabalham diuturnamente em seu favor. A Associação de Paraplégicos, de deficientes físicos e as APAEs são alguns dos milhares de exemplos de uma sociedade que deseja a inclusão e que vê a solidariedade

---

<sup>130</sup> CRUZ, 2009, loc. cit.

como um princípio Constitucional próprio do Estado Democrático de Direito, e, não, como mera caridade ou “assistencialismo do Estado”<sup>131</sup>.

Assim, sob a ótica da igualdade, a inclusão desse grupo, não é um mero assistencialismo social, mas sim, um dever do Estado Democrático de Direito e da iniciativa privada, para que seja promovida a integração desse grupo.

#### 4.6 Características

Há um questionamento quanto a forma das ações afirmativas por se caracterizam por sua natureza distributiva ou reparatória.

Reparatório, por se destinar a compensar prejuízos produzidos no passado a algum grupo social e, distributiva, porque se caracterizam pela distribuição de direitos e vantagens entre a determinada parcela minoritária.

Ao se tratar de uma justiça reparatória, busca-se compensar aquelas pessoas que de alguma forma foram discriminadas, os grupos minoritários passariam a ser compensados.

Nessa linha de pensamento Sidney Madrugá cita Márcio Nuno:

A estrutura do capitalismo gera dois tipos de políticas compensatórias. As do primeiro tipo atuam sobre as desigualdades sociais, que no plano individual, traduzem-se nas desigualdades de renda e patrimônio. No entanto, quando a preocupação com as desigualdades materiais volta-se para esta parte central da dinâmica da sociedade capitalista é normal o esquecimento das demais desigualdades sociais acobertadas pela igualdade formal. Já as políticas compensatórias de segundo tipo, prossegue o autor, são aquelas que não derivam das primeiras distinções (propriedade e renda), sendo até certo ponto externas à lógica do mercado, consideradas capazes de criar situações de discriminação, nos termos, por exemplo, do art. 3º IV, da Constituição Brasileira, concentrado nesse campo as políticas afirmativas em sentido restrito, chamadas de discriminação positiva<sup>132</sup>.

Em resumo, o fator reparatório teria a finalidade de reestabelecer a relação de igualdade desequilibrada em razão de uma classe dominante, por meio de políticas e programas remetidos aos desfavorecidos.

Nesse sentido, lesiona Joaquim Barbosa Gomes:

---

<sup>131</sup> CRUZ, 2009, loc. cit.

<sup>132</sup> MADRUGÁ, 2005, loc. cit.



Assim, ao adotarem os programas de preferência em prol de certos grupos sociais historicamente marginalizados, essas sociedades estariam promovendo, no presente, uma <<reparação>> ou <<compensação>> pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais. Tal reparação se justificaria na medida em que o processo de marginalização social tem uma inegável inclinação perenizante. O preconceito e a discriminação oficial ou <<social>> de que foram vítimas as gerações passadas tendem a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações<sup>133</sup>.

Aos doutrinadores que vão contra a ideia de natureza reparatória, questiona-se quem são os sujeitos desse tipo de compensação e, como seria capaz de individualizar as vítimas e os autores e os penalizar e não beneficiar terceiros. Logo, a compensação tem que ser paga para a pessoa prejudicada por aquele que praticou o ato e resultou o dano, o que seria impossível.

Assim, tomando, por exemplo, os negros, não seriam justos punir os descendentes dos antigos escravocratas, estaria culpando inocentes, e não se fara a justiça, ainda os destinatários das políticas públicas não seriam os diretamente afetados e sim, os negros que não foram vítimas da escravidão.

Leciona Roberta Fragoso Menezes Kaufmann:

O problema da adoção dessa teoria para justificar a imposição de políticas afirmativas é que se afigura deveras complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, tiveram escravos. Ademais seria praticamente impossível, em um país miscigenado como o Brasil, identificar quem seriam os beneficiários do programa compensatório, já que os negros de hoje não foram vítimas da escravidão. Culpas inocentes pela prática de atos dos quais discordam parece promover a injustiça, em vez de procurar alcançar a equidade. Assim, a teoria compensatória não poderia ter espaço quando os indivíduos que são tratados como um grupo – o dos descendentes dos antigos senhores escravocratas – não endossaram as atitudes em relação às quais serão responsabilizados ou, então, não exerceram qualquer tipo de controle em relação a elas<sup>134</sup>.

No sentido contrário a esse pensamento Sidney Madrugá cita Paulo Lucena de Menezes:

[...] esse tipo de abordagem é bastante rígida na medida em que se restringe, de forma substancial, os agentes envolvidos no processo, terminando por ser

<sup>133</sup>GOMES, 2001, loc. cit.

<sup>134</sup>KAUMANN, 2007.loc.cit.

utilizada com frequência por aqueles que são contra o emprego, ou mesmo a ampliação das políticas de ações afirmativas. Para esse autor, as discriminações existentes não se limitam tão-somente a atos isolados, nem se direcionam apenas a um número determinado de pessoas, pois que representam um processo sistemático que atinge a todos os indivíduos que estão inseridos nas classes discriminadas (v.g., os negros), embora em graus diferentes, pelo que não se torna obrigatória a individualização das vítimas nem dos agressores<sup>135</sup>.

Assim, as discriminações não estão voltadas a um número determinado de indivíduos, tendo em vista ser um processo que atinge todos inseridos na classe discriminada, sendo assim, não seria obrigatório a individualização das vítimas e dos autores.

Outra tese que defende ser a natureza das ações distributivas, afirma-se que, para que os efeitos das discriminações fossem amenizados, direitos e vantagens teriam que ser distribuídos entre a sociedade, em critério de equidade. Visando promover a igualdade e minimizar a exclusão dos grupos minoritários.

Nessa toada Roberta Fragozo Menezes Kaufmann diz:

Assim, por meio da teoria redistributiva, há um redirecionamento dos benefícios, dos direitos e das oportunidades entre os cidadãos. O Estado age de forma interventiva para poder garantir a efetivação do princípio da igualdade, porque, se nada for feito, as barreiras impostas pelo preconceito e pela discriminação dificilmente permitiriam a igualdade de acesso às melhores chances de emprego e de educação às minorias<sup>136</sup>.

Entretanto, existe ainda, quem não adere nenhuma das duas teses, como Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Segundo ele, as ações afirmativas legitimam-se com base nos princípios do pluralismo jurídico e da dignidade humana, estruturadas no paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>137</sup>.

É notável, assim, que há divergência entre doutrinadores sobre a natureza jurídica das ações afirmativas, mas, nada impede que as duas correntes sejam cumulativas e se completarem. Nesse sentido expõe Sidney Madruga:

Isto porque, ao se propor o incremento de políticas de discriminação positiva, respeitados os princípios do pluralismo e da dignidade da 'pessoa

<sup>135</sup>MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 35-36 *Apud* MADRUGA, Sidney. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica. 2005. p. 95.

<sup>136</sup>KAUMANN, 2007.loc. cit.

<sup>137</sup> CRUZ, 2009. loc. cit..

humana, não se deixa de levar em conta as injustiças cometidas no passado, as quais se refletem nos dias atuais na forma de desvantagens sócioeconômicas e, tampouco, deixa-se de considerar que é preciso uma distribuição mais equânime de oportunidades entre aqueles marginalizados socialmente<sup>138</sup>.

Assim, diante dessas duas correntes sobre a natureza das ações afirmativas, que de um lado tem-se a justiça distributiva em que as ações se caracterizam por a igual distribuição de direitos e vantagens entre a coletividade e de outro a reparatória, visando compensar danos ocasionados no passado a determinado grupo social. Entende-se que tanto a justiça compensatória quanto a distributiva podem ser consideradas, ambas se encontram justificativas, tanto quanto considerar o pluralismo e princípio da dignidade da pessoa humana, nada impedindo que possam ser conjugadas.

Imprescindível ressaltar o chamado caráter temporário das ações afirmativas, isto é, alcançando o objetivo de efetiva igualdade, essas medidas deveriam extinguir essas medidas do ordenamento jurídico, pois, se continuam as ações mesmo com o alcance de seu objetivo, teriam efeito reverso, ou seja, estaria dando tratamento desigual àqueles que já estariam eventualmente em pé de igualdade.

Porém, é preciso reformular esse conceito de temporariedade, visto que, ao propor um determinado tempo para uma ação afirmativa, seria um tempo para mensurar a evolução que aquela determinada ação propiciou, e propor nova política, porque certas parcelas minoritárias da sociedade necessitam de um longo acompanhamento.

## 5 CONCLUSÃO

Buscando examinar a evolução histórica dos direitos fundamentais e suas gerações, na medida em que evoluíram, houve a necessidade de intervenção do Estado, pois nas conquistas dos direitos humanos, surge o direito fundamental a

---

<sup>138</sup> MADRUGA, 2005. loc. cit.

igualdade, sendo assim, para que esse direito possa ser concretizado é necessária uma atuação de forma ativa do Estado.

Não restam dúvidas de que os princípios da igualdade, em suas vertentes formal e material, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade social encontram guarida na Constituição Federal de 1998. Marca de uma real evolução no plano dos direitos e garantias fundamentais. Ademais, não são apenas previsões, mas sim verdadeiros comandos não só para o Estado, mas também para a sociedade civil, uma vez que fazem parte da base da República Federativa.

Nesta seara, as ações afirmativas se mostram como instrumentos hábeis a concretizar a substancial igualdade pretendida tendo em vista a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, com taxas de desigualdades cada vez menos expressivas, conforme previsão do artigo 3º da Lei Maior.

No cenário do país em que o objetivo é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária não se pode desvencilhar de intervir nos problemas sociais. A visão liberal, em que se tinha a ideia de direitos negativos, se mostrou frágil frente a intervenção estatal e a efetivação da igualdade. Restando claro que, deve-se promover, de forma positiva, a igualdade e o bem estar-social.

A visão de que a isonomia material se confronta com a formal se mostra superada. Na verdade, complementam-se a medida que criam limites e impõe a proporcionalidade, aspectos que devem ser analisados caso a caso a fim de se evitar maiores lesões.

A efetivação do mandamento constitucional com a implementação dessas políticas públicas, mesmo que de forma ainda moderada, deve ser salientada porque demonstra que o conceito formal e estático de igualdade – “todos são iguais perante a lei” – foi ampliado com a consagração da vertente material na Constituição e com a inclusão crescente de ações afirmativas na pauta dos três poderes do Estado brasileiro.

No Brasil, onde os obstáculos são maiores tendo em vista a história carente de verdadeiras revoluções sociais, o subdesenvolvimento econômico vigente e a ampla diversidade sociocultural, as ações afirmativas têm ganhado destaque nas últimas duas décadas.

O preconceito quanto a figura de um Estado intervencionista – fruto dos exemplos mal sucedidos do comunismo e do socialismo na História – deve ser implodido. Tendo em vista a busca pelo bem-estar social e a igualdade de fato, a visão liberal de abstencionismo do ente estatal também não se mostrou perfeita.

Assim, em um moderno Estado Democrático de Direito no qual vigora o princípio da solidariedade social, a promoção da igualdade deve ser realizada de modo positivo, por isso, políticas governamentais antidiscriminatórias previstas em lei, com conteúdo proibitivo e reparatório, não apresentam eficácia social ante o contexto atual.

Já as ações afirmativas, por sua natureza compensatória ou distributiva, amoldam-se ao cenário atual. A reparação não foi abandonada pelo ordenamento jurídico, mas é só uma das medidas, visto que essas ações tem o intuito de discriminar positivamente o cidadão que é discriminado forma negativa pela sociedade, desejando colocar em um mesmo patamar de dignidade, os indivíduos que não tem oportunidade na democracia.

Portanto, essas políticas são uma das formas de efetivação dos Direitos Fundamentais. No nosso ordenamento jurídico, tem legitimidade e coloca em prática os objetivos delineados em nossa Carta Maior, do contrário, a igualdade permanecerá na esfera teórica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Constitucionalismo**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 23, n 91, julho-setembro, 1986.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**, tomo I. 4 ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 Ed. Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, J.L.Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, Castro, TORRES, C. Gómez. **Los Derechos Humanos: significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilha: Universidad de Sevilha, 1979.

COMPARATO, Fábio Conder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 3. Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel G. et. alli. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978.

GOMES, Fábio Rodrigues e SARMENTO, Daniel. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** *Revista TST, Brasília, vol. 77, n.4, out/dez 2011.*

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da república da Alemanha.** 20 ed., tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

KAUMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas a 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.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.** Brasília: Brasília Jurídica. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade.** Artigo integrante do volume comemorativo do 60º aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. **Comentário à Constituição Federal: princípios fundamentais – art. 1º a 4º.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros .1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros. 2001.

\_\_\_\_\_. **O Constitucionalismo Brasileiro Evolução Institucional**. São Paulo: Editora Malheiros .2011.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga de. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica. 2005.