

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA  
IGUALDADE MATERIAL**

Caíque Tomaz Leite da Silva

Presidente Prudente/ SP  
2008

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA  
IGUALDADE MATERIAL**

Caíque Tomaz Leite da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mestre Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente/ SP  
2008

# **DA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE MATERIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Professor Mestre Marcelo Agamenon Goes de Souza  
Orientador

Professor Mestre Edson Freitas de Oliveira  
Examinador

Professor Mestre Cláudio José Palma Sanches  
Examinador

Presidente Prudente, 18 de novembro de 2008.

Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.

Montesquieu

Dedico este trabalho àqueles que procuram instrumentos de universalização dos direitos humanos, àqueles que não descansaram enquanto a miséria multitudinária for “comum” aos olhos do mundo hodierno.

## AGRADECIMENTOS

Muitas foram as pessoas que, ao longo de minha vida, exerceram papéis decisivos na formação de minha personalidade e caráter, conduzindo-me pelo campo desta ciência que me fez olhar o mundo de maneira diferente, que me fez aprender a fazer da cada minuto de trabalho e dedicação a esta monografia um instante de reflexão sobre quão grande o papel a ser realizado pelo cientista do direito e quão mesquinha nossa existência e influência nesse processo de argumentação retórica, mas, de forma alguma, sem nos tirar os anseios de atuar sempre de forma combativa, defendendo aquilo que julgamos justo. Por isso rogo pelo necessário discernimento para estar sempre do mesmo lado: o lado da justiça, da moralidade e da probidade.

Agradeço a meus pais, que nunca mediram esforços de qualquer natureza para proporcionar-me condições necessárias para que eu pudesse me ater exclusivamente ao estudo da ciência jurídica, sacrificando não raramente seus sonhos para satisfação dos meus.

Meus familiares, que sempre se mostraram interessados e preocupados com meu rendimento acadêmico e aperfeiçoamento profissional.

Aos meus professores primários, da Escola Estadual “Deputado Felício Tarabay”, bem como àqueles do Colégio Anglo Prisma: Dionísio, Cecília, Lucineide, Cidinha e Décio, que me emprestaram muitos minutos de compreensão e incentivo, sempre pacientes com um vestibulando estressado.

À Instituição Toledo de Ensino, pela atuação sempre direcionada a promover nossa melhor capacitação, conferindo-nos voz ativa, aproximando corpo docente e discente para aferição de melhores resultados e identificação das maiores dificuldades enfrentadas.

Aos professores desta Casa, sempre próximos, compreensíveis e pacientes com minhas perguntas impertinentes que atrapalhavam vossas aulas: Fabiana Pinheiro, Mário Coimbra, Sérgio Tibiriçá e Edson Freitas. Bem como àqueles que me permitem, hoje, chamá-los de amigo: Márcio Zago, Cláudio Sanches e Gilberto Ligeiro.

Aos Promotores de Justiça, Dr. Ricardo Salvato, e ao grandioso e sempre mestre Landolfo Andrade de Souza, paradigma de profissional, de homem e de justiça, que fazia de cada dia de trabalho fonte inesgotável de conhecimento, que fez de um adolescente imaturo e petulante um homem flexível.

Às colegas de sala que não perderam a esperança de fazerem de mim uma pessoa mais sensível e simpática: Fabiana Peretti e Mayara Ferreira.

Aos funcionários e estagiários da Procuradoria da República deste município de Presidente Prudente, sempre proporcionando-nos agradável e harmonioso ambiente de trabalho, saneando nossas dúvidas e imperfeições.

Àquele que já considero grande amigo e futuro sócio, Daniel Colnago, que foi, ao longo do ano, meu contraponto, sempre me abrindo os olhos quando meu excesso de confiança aproximava-se da arrogância, aluno modelo, que me enfrentava em discussões acaloradas sobre os mais variados assuntos, pessoa incapaz de invejar, desejar o mal ou dizer não.

Agradeço também àqueles que, durante esses curtos anos de vida universitária, postaram-se como obstáculos, sem os quais não teria alcançado a capacidade de compreensão e superação em muitos momentos exigida, dentro e fora do ambiente acadêmico.

Enfim, agradeço a todos aqueles aos quais me faltaram palavras a escrever nas tenras linhas deste elemento pré-textual. Tenham a certeza de que não vos faltarão em meu coração.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva promover um debate maduro, genérico, conciso e profundo, do instituto das ações afirmativas, desvirtuadas por aventureiros jurídicos que não trataram um tema de tamanha e impar utilidade para efetivação do princípio constitucional da igualdade material de maneira sistêmica, dando-lhe nova interpretação conforme a vertigem principiológica assumida pelo direito constitucional moderno, e como corolário, inserindo a medida no âmbito de proteção aos direitos humanos e na seara constitucional humanista. Traçamos a evolução do Princípio da Igualdade correlata à interpretação constitucional e desenvolvimento da doutrina dos direitos humanos, até o alcance das discriminações positivas. O histórico da visão tripartida dos direitos humanos foi sucintamente traçado, onde se desenvolveu o princípio da igualdade e se analisou sua significação em cada uma das constituições brasileiras, posteriores às Ordenações do Reino e ao desenvolvimento filosófico do tema. Posteriormente, premidos por necessidade de conferir relativa obrigatoriedade de efetivação do princípio da igualdade material, distinguimos os princípios, das regras, ambos considerados espécies de normas. Atribuímos conteúdo ao princípio em testilha, distinguindo suas modalidades, considerando a necessidade de preservação ou supressão, onde a discriminação positiva exerceria finalidade instrumental. Isso posto, foi dado especial enfoque ao instituto, origem, argumentos justificadores, conceito, beneficiários, modalidades e parâmetros para aferição de constitucionalidade, eximindo-nos de tecer qualquer consideração a respeito de suas formas de implantação, proporcionando ao intérprete a faculdade de integrar com sua subjetividade a racionalidade do presente trabalho. Corroborando com a extensão do raio de importância das ações afirmativas, inserimo-nas no regime jurídico de proteção aos direitos humanos, como instrumento normativo positivo. Encerramos tecendo considerações afetas a eficácia e aplicabilidade das normas relativas aos direitos humanos, mensurando as hipóteses de adoção do instituto para universalizá-los.

**Palavras-chave:** Ações afirmativas. Igualdade material. Direitos humanos.

## ABSTRACT

This work aims to promote a mature, generic, concise and deep discussion about affirmative action office, disparaged by legal adventurers that not treated about a great and usefulness theme to execution of material equality's. Constitutional principle with systemic way, giving him new interpretation according the principle study vertigo assumed by the modern constitutional right, and as a corollary, placing the measure on the scope of protection to human rights and on humanistic constitutional dimension. We draw the evolution of the equality principle related to constitutional interpretation and human rights' doctrine development until the extension of positive discriminations. The history about human rights' tripartite vision was briefly draw, where the equality principle has been developed and your meaning in which one of the brazilian constitutions was reviewed, later to Kingdom's Ordenations and to the philosophical development of the theme. Later, press by a necessitate of give relative obligation to execution of material equality's principle, we separated principles and rules, both considered kinds of norm. We awarded content to this principle, separating their modalities, considering the needle to preserve or suppress, where positive discrimination was exercising an instrument aim. This considered, was give special focus to this office, origin, supporting arguments, concept, recipients, modalities and parameters to constitutionality conclusion, weren't any consideration about the forms of their implantation, providing to interpreter the possibility to integrate with his subjectivism the rationality of this work. Agreeing the importance extension radius of affirmative actions, placing them in legal system to protection of human rights, how positive normative instrument. We finished doing considerations about the execution and applicability of human rights' norms, measuring the hypothesis of utilization of this office to turn them universal.

**Key words:** Affirmative actions. Material equality. Human rights.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....</b>	<b>14</b>
2.1 Evolução no Brasil.....	19
2.1.1 Ordenações do Reino.....	19
2.1.2 Constituição de 1824.....	20
2.1.3 Constituição de 1891.....	21
2.1.4 Constituição de 1934.....	22
2.1.5 Constituição de 1937.....	24
2.1.6 Constituição de 1946.....	25
2.1.7 Constituição de 1967/1969.....	25
2.1.8 Constituição de 1988: Nova Perspectiva Interpretativa .....	26
<b>3 PRINCÍPIOS E REGRAS .....</b>	<b>30</b>
3.1 Distinção.....	30
3.2 Natureza Jurídica do Princípio da Igualdade.....	37
3.3 Conteúdo do Princípio da Igualdade .....	38
3.4 Espécies de Igualdade .....	41
3.4.1 Igualdade Substancial .....	41
3.4.2 Igualdade Formal .....	42
3.4.3 Igualdade Material.....	46
<b>4 AÇÕES AFIRMATIVAS .....</b>	<b>53</b>
4.1 Origem.....	53
4.2 Antecedente segregário: separate but equal.....	55
4.3 Conceito .....	56
4.4 Beneficiários.....	59
4.5 Modalidades .....	63
4.6 Pressupostos Constitucionais .....	68
4.7 Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Humanos e Ações Afirmativas .....	75

<b>5 AÇÕES AFIRMATIVAS NO REGIME DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>81</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>86</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>91</b>

# 1 INTRODUÇÃO

Século XXI. Descortina-se uma nova fase de compreensão dos institutos jurídicos. Somos pós-positivistas, pós-naturalistas e pós-kantianos. Somos pós tudo, mas não somos nada. Chegara a hora de reposicionar a concepção de direito no lugar onde talvez nunca tenha estado ou talvez de onde nunca devesse ter saído: os direitos humanos fundamentais. Retornaremos aos tempos da universalização dos direitos humanos sem que esses direitos tenham sido universais.

Esse é o pressuposto basilar do presente encerto. Todo o campo de abrangência conferido ao tema proposto reaviva a importância da dignidade humana, timidamente subjugada pelas propensões capitalistas.

Nossa proposta, então, é a promoção da igualdade real, efetiva, que transpasse os frios argumentos retóricos dos preceitos normativos, e, para isso, direcionamos a racionalidade do trabalho à defesa de um instituto que, pode até não ser o melhor meio para satisfação das necessidades humanas básicas, mas não se olvida que é o melhor num arsenal de meios não revolucionários: as ações afirmativas.

No primeiro capítulo, sucintamente discorreremos sobre as fases históricas que mais contribuíram para o englobamento da concepção dimensional que hoje se outorga ao princípio da igualdade, bem como os principais eventos e concepções que se colocaram como óbice ao asseguramento das básicas condições materiais aos seres humanos.

Sólon, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho e Santo Ambrósio. Regime escravocrata, feudalismo, privilégios medievais. Exsurge a preocupação histórica de igualdade entre os indivíduos, face às condições subumanas que afloraram no restrito regime jurídico dos cidadãos. Locke, Rousseau e Montesquieu. Iluminismo impositivo da supremacia da condição de pessoa, normatizado na gênese das Cartas modernas: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Estes históricos que conduziram nossas declarações de direitos, nossas constituições, nosso porto seguro, nosso estado de proteção jurídica, política e material.

Constituição Federal de 1988: saudosismo platoniano ou aristotélico? Humanismo promocional ou autonomia de vontade? Nova perspectiva interpretativa que coloca a dignidade humana à frente da estruturação estatal.

Princípios: regras ou valores? Origem, funcionalidade e morfologia principiológica. Evolução dogmática que os inseriu no núcleo da interpretação constitucionalista.

Tentamos elucidar que o critério material vinculado pelo preceito isonômico, sua natureza jurídica, seu conteúdo e pluralidade conceitual, nos conduzirá à percepção de necessidade de visualização estanque de suas facetas.

A igualdade é absoluta? A diversidade cultural que nos distingue das demais espécies constitui âmbito a ser transposto pelas discriminações positivas? Pode a pluralidade cultural fundamentar a restrição de acesso a meios de implementação dos bens e utilidades da vida? Existe um mínimo denominador comum civilizatório? A desigualdade é sempre obstáculo ao desenvolvimento de políticas públicas de aperfeiçoamento social?

São proposições as quais procuramos subsidiar esclarecimentos no segundo capítulo para, no terceiro, ingressar no âmago, na razão fundamentante do estudo da ciência jurídica: os direitos humanos fundamentais.

Tentamos inserir as ações afirmativas no regime jurídico de proteção aos direitos fundamentais, como instrumentos normativos positivos, e, embora superficialmente tenhamos colocado-as como meio jurídico afeto à promoção da igualdade material, sua história, suas condições, suas finalidades, sua direção jurídica, conduzem-na ao pano de fundo que lhe oferece subsídio: a dignidade humana.

Concluindo, traçamos alguns parâmetros à normatividade das discriminações positivas, elucidando disposições constitucionais fundamentadoras, velando pela constitucionalidade e máximas eficácia e aplicabilidade das medidas que eventualmente venham a ser adotadas, efetivando instrumento que garanta a universalidade dos direitos e garantias formalmente assegurados pela Magna Carta.

## 2 HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Muito embora os registros acerca do princípio da igualdade datam de Sólon, faz-se mister reconhecer que, desde que o homem se agrupou, constituindo tribos, já há de se aferir o embrião do princípio da igualdade, malgrado com forma, caracteres e conteúdo distintos.

Os membros da sociedade tribal, à aproximadamente um milhão de anos, já necessitavam estabelecer critérios de compartilhamento dos bens e utilidades da vida, mormente a defesa e a cooperação, fazendo concessões recíprocas para manutenção da integralidade da comunidade.

O que justificaria a divisão do produto da caça, tarefas domésticas e de subsistência, da terra, vigilância e coordenação do grupo, senão a equidade natural? Nessa fase histórica, o princípio da igualdade apenas é extraído das condutas humanas, sem qualquer tônus de formalização.

A igualdade como virtude data de Sólon (640-560 a.c.). A partir desse momento histórico o princípio passou a ser explorado pelos filósofos, que buscavam atribuir-lhe em sentido teórico, material, e até mesmo mensurá-lo e submetê-lo a critérios técnicos objetivos, tarefa que, com louvor, foi desenvolvida pelos Pitagóricos.

Foi Platão (429-347 a.c.), porém, inicialmente na obra “A República”, que pregou a igualdade de oportunidades para superação das desigualdades sociais, equacionando-a com os ideais de justiça e democracia.

Segundo o grande mestre, a igualdade proporcional seria a própria justiça. Tratando, ainda, de distinguir a igualdade absoluta, quantitativa ou numérica, da igualdade relativa, meritória ou qualitativa. (Albuquerque, 1993, p. 12-15)

Discípulo de Platão, Aristóteles (384-322 a.c.) pregava uma desigualdade natural entre os homens, sendo que uns nasceriam para comandar e outros para serem comandados, justificando o regime escravocrata de sua época.

Coube aos estóicos refutar a desigualdade natural de Aristóteles, defendendo a unidade moral dos seres humanos, a dignidade do homem e a igualdade de direitos. (Comparato, 2008, p. 16)

A igreja também caminhou no sentido da igualdade natural entre os homens, classificando como vícios o poder político e a escravatura, principalmente nas figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio. Também, de modo geral, reconheceu a transcendentalidade de alguns direitos, que estariam acima do direito positivo e da vontade dos déspotas, já que manifestação da autoridade divina. Dentre esses direitos, estaria a igualdade. (Comparato, 2008, p.19)

Para a igreja, as leis divinas constituiriam verdadeiros fundamentos dos direitos naturais, logo, o direito positivo ou dos homens devia-lhe conformidade, sob pena de ser despido de obrigatoriedade.

As conquistas do Mundo Antigo acerca da evolução da igualdade assentam-se nas seguintes proposições: todos os homens são naturalmente iguais; a igualdade é a base da democracia; é a essência da justiça; não tem sentido entre coisas não comparáveis; pode ser aritmética ou geométrica; e impõe tratamento igual aos que são iguais, e desigual aos que são desiguais. (Albuquerque, 1999, p. 15)

Embora em certos períodos não se possa falar em efetiva aplicabilidade, nem mesmo precária, do princípio da igualdade, em razão da necessidade de acomodar os interesses dos déspotas e da Igreja, certamente no âmbito teórico foi quase que esgotado o estudo de seu conteúdo. Restava, então, atuar no sentido de concretizar a materialidade do princípio da igualdade em face de todos, ou da maioria dos indivíduos, abolindo os privilégios medievais.

Através de breve explanação, encerramos a evolução do princípio da igualdade no Mundo Antigo, apenas enumerando, sucintamente, a contribuição de cada filósofo ou Escola Filosófica, para ingressarmos no período pré-constitucionalista.

Pois bem, nessa fase foi o Iluminismo, movimento intelectual que se opôs ao estado absolutista, que se encarregou de destruir barreiras sociais, políticas e econômicas que imperavam na ordem feudal e absolutismo monárquico.

Dessa escola, considerando o objetivo do presente trabalho, fez-se mister tecer algumas considerações a respeito de John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778).

Supracitados filósofos Iluministas conferiram grande contribuição no sentido de materializar o princípio da igualdade no âmbito do Estado. Vinculados aos ideais de justiça e equidade, pregavam a necessidade de tratamento proporcional do soberano com os súditos para concretização da democracia e, principalmente, para que a Lei pudesse ser intitulada de Lei. Os direitos naturais, dentre eles a igualdade, constituiriam limites à atuação concreta do soberano. Defendiam, entretanto, uma igualdade relativa ou proporcional, uma vez que a desigualdade política, assim como a natural e física, autorizaria a concessão de privilégios.

Sem dúvida o ingresso dos Estados no regime econômico capitalista foi o principal responsável pela positivação do princípio da igualdade, não por bondade é bem verdade, mas pela necessidade de se estabelecer relações de trabalho sem a possibilidade de escravos. O princípio, então, proporcionaria paridade entre os indivíduos, viabilizando a feitura do contrato de trabalho.

Do Mundo Antigo ao constitucionalismo Setecentista, somaram-se ao acervo patrimonial do princípio da igualdade os ensinamentos da igreja, que acentuaram a idéia de igualdade natural; a relação com proporcionalidade, adequação e ordem; os preceitos de universalidade da lei e abolição dos privilégios, mitigada em hipóteses excepcionais, mediante indenização; a criação de mecanismos processuais para a defesa da igualdade. (Albuquerque, 1993, p. 43)

Assim, cronologicamente dispostos, temos os seguintes eventos: estado primitivo ou tribal, desenvolvimento filosófico do tema, regime escravocrata, cristianismo, feudalismo, capitalismo, iluminismo (pré-constitucionalismo) e, em fim, constitucionalismo, ao qual dedicaremos algumas linhas.

Quando utilizamos a expressão constitucionalismo, referimo-nos ao momento histórico, no século XVIII, em que o Estado passou a ser duplamente limitado pelo que se denominou de *Bill of Rights*, ou Carta de Direitos. No âmbito interno, pela separação de poderes e, no externo, pelos chamados direitos humanos fundamentais, onde, por excelência, se insere o princípio de igualdade.

No dia 12 de junho de 1776 foi promulgada a primeira delas, qual seja, a Carta do Bom Povo da Virgínia. O princípio da igualdade foi tomado de tanta importância que foi objeto dos artigos 1<sup>1</sup> a 6, porque seria uma *conditio sine qua non* para o exercício dos demais direitos fundamentais. (Silva, 2004, p. 153)

São direitos naturais no sentido de que são típicos da pessoa humana (ou aos cidadãos para os mais conservadores) e assim, seriam também inatos, personalíssimos, inalienáveis e imprescritíveis.

A Constituição da Virgínia foi seguida da Carta da Pensilvânia no mesmo ano, e das Cartas da Carolina do Norte (abolição de privilégios) e de Massachusetts (igualdade de nascimento), no ano de 1780. A Constituição dos Estados Unidos da América data de 1787 (proibição de distinções). (Comparato, 2008, p. 99-106)

Segundo as constituições americanas os homens nasceriam livres e iguais, ao direito de igualdade corresponderia uma obrigação de igualdade, e os privilégios e as distinções nobiliárquicas somente subsistiriam conforme o interesse público. (Albuquerque, 1993, p. 47)

Merece registro o fato dessas Cartas de Direitos admitirem que as garantias estabelecidas, como a vida, liberdade, propriedade, igualdade e segurança, não eram absolutas, porque cederiam em face dos bens e utilidades públicas, embora não significasse uma inovação da interpretação dos princípios, pois, conforme já exposto, o filósofo do Mundo Antigo já acenava com essa possibilidade, e Rousseau, na sua obra “O Contrato Social”, pregava que, no pacto entre indivíduos e Estado, para que houvesse a manutenção desse último e para assegurar o que modernamente se denomina de governabilidade, seria necessário a presença de concessões recíprocas, onde cada cidadão cederia parcela de seus direitos naturais, fundamentais, em face da promoção do bem comum. Não chega a constituir uma restrição em sentido amplo, porque em última análise, todos seriam beneficiados pelas concessões.

Concepções essas, posteriormente refutadas por Kant, para quem a finalidade do Estado seria a promoção das liberdades individuais, e Dworkin, que

---

<sup>1</sup> Dispunha o artigo 1 : “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posterioridade”.

prescreve que determinada esfera de liberdade deve ser posta a salvo de qualquer outra finalidade estatal, suficientemente alocada como um fim em si.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 6 de dezembro de 1789 nada trouxe de substancialmente inovador, mas não se ouvida que foi a mais importante das declarações de direitos, principalmente em razão de sua amplitude e conseqüente adoção como modelo por diversos países.

Também prescreveu a liberdade com proporcionalidade. Nos termos da declaração a lei seria a mesma para todos, quer inflija quer proteja, não admitindo distinções hereditárias, mas somente com fulcro em “virtudes e talentos”.

A principal distinção entre as constituições das colônias americanas e a declaração residiu na origem dos direitos naturais. Para os americanos, os direitos naturais teriam origem em Deus, ao passo que, aos franceses, imperava a razão pura e simples, pois, antes de religiosos seríamos seres humanos. Dessa forma, o movimento iluminista elidia exatamente os pontos transcendentais das declarações norte-americanas, colocando a razão como motriz do agir humano.

Cabe aqui uma ressalva. Enquanto a Constituição, por si só, limita o poder gerando obrigatoriedade de acatamento e efetivando os direitos fundamentais e suas correspondentes contraprestações, a Declaração é dotada do sentido que a própria gramática empresta à palavra: apenas prescreve direitos e garantias fundamentais, não têm natureza contratual, não há falar-se em *pacta sunt servanda*.

Assim, a Declaração de 1789 foi revestida de obrigatoriedade na França apenas com a promulgação da Constituição Francesa de 1791, que promoveu a liberdade e a igualdade. (Silva, 2004, p. 157 e 158)

Vários outros Estados incorporaram, com variações, o conteúdo da Carta. Apenas a título de ilustração, 6 (seis) países comunistas fizeram reservas quanto às liberdades, a Arábia Saudita quanto a igualdade entre homem e mulher, e a África do Sul quanto aos direitos sociais.

As principais contribuições do constitucionalismo referem-se a negação de privilégios; correlação entre direito de igualdade e obrigação de igualdade; igualdade como qualidade essencial dos direitos absolutos; distinção entre igualdade natural, social e legal; tratamento de direito natural, inato, essencial e imprescritível; e noção de igualdade como direito absoluto. (Albuquerque, 2003, p. 79)

Sem mais delongas, concluímos o presente tópico ressaltando os principais fatores responsáveis pela inclusão das normas de igualdade no regime jurídico positivo.

O capitalismo, que sucedeu o feudalismo e o regime escravocrata, necessitou de um instrumento para sujeição dos trabalhadores à exploração de suas atividades econômicas, o que fora feito através do contrato de trabalho, fundado na idéia de paridade de partes e livre manifestação de vontade.

A opressão daí decorrente produziu o que se chama de luta de classes, onde o último estamento buscava a concretização dos ideais filosóficos do mundo antigo, dentre eles a igualdade. O cristianismo, os ideais da Revolução Francesa, as declarações de direitos e o constitucionalismo sepultaram o ciclo de embates pela positivação da igualdade.

## **2.1 Evolução no Brasil**

### **2.1.1 Ordenações do reino**

No Brasil, as segregações sempre foram juridicamente justificadas. Todas as Ordenações do Reino aqui vigentes traziam uma desigualdade na própria disposição normativa, que era fonte de privilégios e de perseguições. Para o mesmo delito se estabeleciam penas diversas para fidalgos, cavaleiros e peões.

Vigoraram no Brasil as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Interessante ressaltar que essa última restou vigente no Brasil até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, coexistindo com as Constituições do período, embora no que concernia a matérias distintas.

### 2.1.2 Constituição de 1824

Essa Carta, somente no Título “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, qual seja, o oitavo e último, especificamente nos incisos XIII, XIV e XVI do artigo 179, tratou do princípio da igualdade.

Segundo o inciso XIV “Todo Cidadão pode ser admittido aos cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra differença, que não seja a de seus talentos, e virtudes”. O inciso XV dispunha que os impostos seriam proporcionais à renda e o XVI aboliu os privilégios que não fossem essenciais e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública.

Estabelecia, todavia, o voto censitário<sup>2</sup> e quatro poderes<sup>3</sup>. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário, se sujeitavam ao Poder Moderador, que era exercido pessoal e exclusivamente pelo imperador, pessoa inviolável e sagrada, nos termos da própria Constituição. Nem mesmo a coisa julgada subsistia às atribuições do imperador. (Bonavides, 2000, p. 329)

Com relação ao voto, a representatividade da Câmara era total e absolutamente inclinada aos interesses da aristocracia, o que inviabilizava não só um tratamento equânime entre os brasileiros como também a edição de leis proporcionais, sempre cobertas pela legitimidade outorgada pelo Poder Moderador.

Evidentemente que a igualdade na nossa primeira Constituição não existiu. A simples posição topográfica dos dispositivos reflete quão grande a preocupação com o tratamento igualitário: último título e artigo.

A Carta sujeitava a igualdade à utilidade pública, e essa, em *ultima ratio*, era sempre definida pelo Poder Moderador.

A Constituição de 1824 sequer merece essa denominação. Com efeito, as Cartas Constitucionais, incompletamente chamadas de declaração de direitos, tinham por finalidade primordial limitar o Estado duplamente, de forma que,

---

<sup>2</sup> Constituição Brasileira de 1824, Título 4º, Capítulo VI.

<sup>3</sup> Constituição Brasileira de 1824, artigo 10º.

enquanto a separação de poderes constituía uma limitação interna, a declaração de direitos afigurava-se como limitação externa, ou limitação da atuação estatal em face dos cidadãos.

Essa figura *sui generis* não limitou o Estado porque, ao instituir o Poder Moderador, a ele condicionou os outros três poderes, prevalecendo sempre a vontade unipessoal do imperador. Ademais, quanto às limitações externas, formalmente tênues e materialmente ausentes, nem os direitos de primeira dimensão, ou liberdades clássicas, fizeram-se presentes, já que a economia era predominantemente escravocrata.

Por fim, ainda era semi-rígida, sendo que havia matérias que somente seriam alteradas quando da obtenção de maioria qualificada em três sessões legislativas seguidas, não compreendendo, todavia, o núcleo rígido, os direitos de primeira dimensão.

### **2.1.3 Constituição de 1891**

A separação de poderes albergada por essa Constituição por si só já foi responsável por considerável avanço no que tange à acepção formal da igualdade. Implementada a divisão clássica de Montesquieu, efetivou o sistema de freios e contrapesos. Promoveu, ainda, a ruptura entre Estado e a Igreja Católica Apostólica Romana. (Silva, 2004, p. 78)

Textualmente, a Lei ampliou o rol de direitos individuais bem como estendeu seu alcance, conforme se depreende do disposto no seu artigo 72, inserido no Título IV, Seção II, “Declaração de Direitos”. Resguardou a liberdade, segurança individual e propriedade, tanto dos brasileiros como dos estrangeiros. (Atchabahian, 2006, p. 65)

No parágrafo segundo do supracitado artigo trouxe a célebre fórmula da igualdade: “Todos são iguais perante a lei”, extinguindo, dessa forma, os títulos de nobreza e privilégios nobiliárquicos, em contemplação a uma igualdade efetiva, já que as relações entre indivíduos (e não apenas cidadãos) e Estado já não teriam

como critérios de distinção fatores externos, como a origem e a posição social. Consagrou, portanto, não apenas os direitos de primeira dimensão de forma mais ampla e efetiva, mas inovou substancialmente ao prescrever direitos que compõe a segunda geração.

Depreende-se que a igualdade foi utilizada para fulminar o Antigo Regime. O dispositivo destinava-se especificamente à nobreza, estando ainda longe da busca por uma igualdade genérica, ou da vedação ao preconceito e discriminação. Não se tinha a prolixidade, em relação ao conteúdo, da acepção formal da igualdade, alcançada tão somente com a Constituição de 1934, tanto que os mendigos e analfabetos eram impedidos de votar.

Por fim, ressalta-se que as liberdades proclamadas nas primeiras constituições brasileiras representavam uma adesão às manifestações internacionais, principalmente européias e norte-americanas. O que se verificou, entretanto, é que essa aparente valorização de direitos humanos fundamentais se apresentou tão somente como medida política, por pressões externas, principalmente da Inglaterra, não constituindo sequer um projeto de alteração de estrutura social. Referidas normas realizavam tão somente um papel de ornamentação nas constituições brasileiras no século XIX.

#### **2.1.4 Constituição de 1934**

Prescrevia essa Carta no seu Capítulo II, “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, no artigo 113, item 1, “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.

A Constituição de 1934 introduziu no Brasil uma mudança paradigmática em relação à atuação do Estado de Direito, que, até então eminentemente liberal, promotor das liberdades individuais, e não intervencionista, rumou no sentido de uma atuação efetiva e limitadora dessas liberdades, com o

precípua escopo de promover o bem comum ou, ao menos, reduzir, formalmente, os desníveis econômicos imperiosos no início do século XX.

Seu conteúdo acompanhou o movimento internacional iniciado com a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917, *standarts* dos direitos de segunda dimensão, sociais, ou ainda, de fraternidade. Representavam a superação das vicissitudes do sistema liberal burguês, imperativo no século XIX, propulsor das declarações de direitos até então, e embora o Brasil tivesse estrutura social bem diversa da comunidade européia, os ideários burgueses sempre se ajustaram aos interesses da nossa elite, predominantemente agrária, detentora de privilégios, fomentando a submissão socioeconômica do estamento mais pobre.

O artigo 115 dessa Constituição bem refletiu a alteração do comportamento estatal ao prescrever que “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça, e as necessidades da vida social, de modo que se possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Ora, absolutamente revolucionária a submissão das políticas econômicas ao bem-estar social.

Nesse diapasão, houve um fortalecimento e ampliação da atuação da União na ordem econômica e social, que, por imposição constitucional, passou a atuar positivamente, restando superado a figura do Estado Mínimo ou negativo. Assim, não se limitou a Carta em testilha a instituir normas programáticas ou programas de governo, impôs ao Estado, através de seus próprios dispositivos, atuação garantista dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões.

Manteve a tutela aos direitos dos estrangeiros, e ampliou os direitos políticos ao conferir o direito a voto às mulheres, malgrado os mendigos e analfabetos continuassem impedidos de exercer o direito de sufrágio. (Atchabahian, 2006, p. 69)

É o que se verifica quando da análise de seu Título IV, “Da Ordem Econômica e Social”, que assegurou salário mínimo, descanso semanal remunerado, assistência médica, amparo à maternidade e infância, proibição de distinção salarial por motivos de sexo, idade, estado civil e nacionalidade. Ademais, conforme o artigo 138, essas incumbências não se dirigiram tão somente à União, mas a todos os entes federativos.

Denota-se que a igualdade, pela primeira vez, transpôs os limites da subjetividade do intérprete e legislador, classistas, e passou a enveredar a promoção da igualdade real e efetiva. Embora as medidas fossem predominantemente de cunho econômico, destinadas a limitar as relações de trabalho (diria que para equilibrá-las), a finalidade do constituinte foi reduzir as desigualdades sociais, através da promoção da justiça e do bem-estar, conforme dispunha o preâmbulo da Carta.

Deve-se admitir, todavia, que a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais no tocante a concretização permaneceu a maior parte do tempo como utopia jurídica, em razão dos abalos ideológicos, interesses contraditórios e influências fascistas. (Bonavides, 2000, p. 334)

### **2.1.5 Constituição de 1937**

Primeiramente, cumpre ressaltar que esse diploma normativo foi outorgado pelo regime ditatorial que imperava na época, presidido por Getúlio Vargas.

É chamada de “Polaca”, devido à influência que recebeu da “Carta Del Lavoro”, da Itália fascista de Benito Mussolini.

Dessa forma, notam-se algumas semelhanças com a Constituição de 1824, principalmente no que tange à separação de poderes, porque, ainda mantida a divisão clássica tripartite, houve uma exacerbada ampliação das atribuições do chefe do Poder Executivo nas esferas administrativa, legislativa e jurídica, eliminando a possibilidade de qualquer insurgência, quer legislativa, quer judiciária, ao exercício das faculdades ditatoriais, restando prejudicada, portanto, qualquer limitação interna ao Estado. Apesar do modelo, o Brasil esteve ao lado dos “Aliados” na Segunda Guerra lutando contra os regimes totalitários.

Já no tocante às limitações externas, os direitos e garantias individuais e sociais foram mantidos conforme a declaração anterior, sendo que, nesse aspecto, apenas a aplicabilidade foi atenuada pelo Regime.

### **2.1.6 Constituição de 1946**

Foi uma Constituição de ruptura, promulgada como superação ao regime ditatorial vigente, resultado da derrocada dos regimes nazista e fascista com a Segunda Guerra, paradigmas do falso nacionalismo ditatorial.

Houve fortalecimento dos poderes Legislativo e Judiciário, instituindo como nova garantia, a provocação do Poder Judiciário no caso de afronta a direitos fundamentais. (Atchabahian, 2006, p. 71)

No tocante ao rol de direitos, manteve o texto de 1934. Os direitos humanos continuaram a constituir limitação à atuação estatal. Também houve imposição aos entes federativos, de promoção de políticas que assegurassem a dignidade dos desvalidos, como grávidas, incapazes, doentes e desempregados.

Segundo Silva (2004, p. 85), a Constituição Federal de 1946 “serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna”.

Regulamentou a liberdade de crença e de manifestação de pensamento. Todavia, suprimiu o dispositivo que tratava expressamente da vedação a tratamentos discriminatórios em razão de sexo, idade, origem, embora não tenha havido retrocesso no tocante a esse ponto porque, sistematicamente, a Constituição, através dos direitos assegurados, e deveres impostos ao Estado e particulares, inclusive no seu preâmbulo, deixava transparecer a reprovabilidade de qualquer conduta discriminatória.

### **2.1.7 Constituição de 1967/69**

As convulsões e conflitos sociais internos imperativos na época levaram as forças armadas a, sob o argumento de manutenção do Estado Democrático de Direito, tomar o poder em 31 de março de 1964. Em 66, o Congresso Nacional foi convocado para, constitucionalmente, institucionalizar o regime militar.

Como todo governo autoritário, houve ampliação das atribuições executivas, invadindo searas normalmente alheias à administração, em prejuízo dos demais Poderes da República, mormente em face da edição irrestrita de emendas constitucionais, que chegaram a prever a dissolução do Congresso e a modificação no nome do país.

Houve reprodução dos direitos e garantias já assegurados anteriormente. (Atchabahian, 2006, p. 73)

Disciplinava o artigo 153, § 1º, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.

Todavia, vários dos direitos humanos constitucionalizados tiveram eficácia restringida por emendas constitucionais, promulgadas aos dissabores da necessidade do Regime, dentre elas a suspensão da impetração de *habeas corpus* e das garantias dos magistrados.

### **2.1.8 Constituição de 1988: nova perspectiva interpretativa**

Dispõe o preâmbulo dessa Carta, que o Brasil é:

(...) um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).

É pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial<sup>4</sup> quanto à inexistência de cunho normativo ou efeito jurídico imediato ao preâmbulo da Constituição Federal.

Segundo Alexandre de Moraes (2004, p. 15), o preâmbulo constitui uma “certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios”, e assim sendo, verdadeiro parâmetro interpretativo e integrativo dos dispositivos que lhes são subseqüentes, principal função dos princípios.

Nota-se que a igualdade meramente formal, inserida nas constituições anteriores deve, agora, por força do cunho principiológico e vinculativo do preâmbulo da Constituição, ser interpretada de forma a harmonizar o conteúdo normativo dos dispositivos constitucionais com as finalidades albergadas pelo constituinte. Assim, considerando que o Poder Constituinte Originário declarou expressamente ser objetivos do Estado de Direito, a eliminação das desigualdades sociais e do preconceito, deve-se sobrepuser a aplicação das normas a esse juízo de valoração.

Logo, não se limita a declaração à vedação de privilégios e arbítrios, na interpretação ou aplicação da Lei, mas impõe ao intérprete e ao próprio legislador a atuação positiva à redução das desigualdades. Tanto a igualdade formal como a material foram constitucionalizadas, como adiante se verá.

Dispõe o artigo 3º, que são objetivos da República a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a erradicação da pobreza, marginalização e desigualdades sociais, bem como a promoção do bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. (incisos I, III e IV)

Segundo o magistério de Rocha (1996, p. 92):

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de

---

<sup>4</sup> STF – Pleno – ADIn 2.076/AC – Relator Ministro Carlos Velloso, decisão: 15/08/2002. Informativo STF nº 277.

obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional.

Houve, assim, uma maximização do conteúdo ontológico do princípio da igualdade, especificamente no tocante à promoção da igualdade substancial. Fosse a igualdade, meramente formal, inexistiriam subsídios para realização dos objetivos fundamentais da República.

Outros dispositivos constitucionais exprimem essa nova perspectiva interpretativa, como o artigo 5º, *caput*, que não se limita a promover a igualdade formal, expressa nas diretrizes de que “todos são iguais perante a lei”, porque, mais adiante, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, direito à igualdade. Evidentemente que não traz a Lei palavras inúteis e, sendo a igualdade formal devidamente assegurada no início do dispositivo, não haveria necessidade de repeti-la fosse o mesmo conteúdo.

Verifica-se que houve, em relação às Constituições anteriores, uma inversão na ordem de prioridades instituídas pelo Estado Democrático, porque pela primeira vez, os direitos e garantias fundamentais foram colocados à frente da organização do Estado, e o princípio da igualdade abre esse extenso rol, porque as normas jurídicas que desse dispositivo irradiam delimitam todos os demais dispositivos que o seguem, quando não constituem a materialização do próprio.

Mas não é só. O constituinte foi ainda mais enfático, porque a vedação à discriminação se restringe à negativa, já que a própria Constituição se vale, em vários dispositivos, de discriminações positivas, objetivando aproximar grupos marginalizados, de grupos dominantes, ou a contemplar determinado caractere pessoal em razão de um fim superior: a promoção da igualdade real.

Segundo Rocha (1996, p. 94), “Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora, segundo o Direito, possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos”.

Longe aqui de exaurir as hipóteses legais, trazemos à colação os artigos 143, § 2º, 201, § 7º, incisos I e II, 7º, inciso XX, 226, § 5º e artigo 5º, inciso I, que tutelam, de forma positiva, mulheres. Os artigos 7º, inciso XXXI, 24, inciso XIV, 37, inciso VIII, 203, inciso IV, 227, § 2º, 244 e 226, § 5º, tratam das prestações aos

deficientes. Nota-se que houve uma grande preocupação em dispensar tratamento diferenciado a determinados grupos de pessoas, em razão, respectivamente, de fatores históricos e sociais, e de fatores naturais.

No que tange à separação de poderes, o novel diploma respeitou a clássica mostesquiana: cada um dos Poderes apresenta funções claramente delineadas, incluindo, como forma de limitações internas de quem os exerça, as funções típicas dos demais poderes.

Considerando que os direitos fundamentais estão constantemente em evolução, a prescrição dos direitos e garantias assegurados em 1934 foi investida em nova indumentária, mais de cunho interpretativo do que normativo é bem verdade, mas não se ouvida que os progressos sociais não se ser considerados quando da aplicação das normas, e, ademais, restou prejudicada a eficácia dos dispositivos em 34, em face da instabilidade do Estado, produzida por conflitos de interesses classistas que resultaram na institucionalização da ditadura em 1937.

Quão grande foi a preocupação do legislador com a eficácia dos direitos e garantias fundamentais que, para que não ostentassem papel de mera ornamentação, institucionalizou remédios jurídicos processuais específicos para combater a inaplicabilidade dos preceitos: o mandado de injunção, inconstitucionalidade por omissão e mandado de segurança coletivo. O Estado, dessa forma, preocupou-se não somente em prescrever direitos fundamentais, mas acima de tudo, garanti-los.

A guisa de conclusão, houve uma concatenação dos ideários suprapositivos com a expressão normativa expandida e desenvolvida ao longo da evolução histórica sucintamente traçada, donde se retira essa nova perspectiva do princípio da igualdade, enquanto espécime de direito fundamental, a qual sintetizamos, encerrando o presente capítulo.

## 3 PRINCÍPIOS E REGRAS

### 3.1 Distinção

Tratando-se de discussão cujo objeto consiste no princípio da igualdade e inclusão social, mister se faz a apresentação preliminar da definição de princípios, base da construção deste trabalho científico. No mais, deve-se distinguir tal espécie normativa, das regras, essencialmente importante para compreensão do tema.

*A priori*, ressaltamos que norma jurídica não se confunde com dispositivo legal, que nada mais é do que o texto do instrumento normativo, enquanto a norma é a regra ou princípio reconstruído a partir do texto, por meio da hermenêutica. Assim, nem todo dispositivo legal vincula uma norma, de forma que a construção de determinadas normas depende da harmonização de vários textos legais, ao revés, determinados instrumentos consagram mais de uma norma.

Princípios e regras são espécies do gênero normativo e compõe, conjuntamente, o sistema jurídico (Canotilho, 2002, p. 1145). Partem do mesmo ponto na medida em que servem à definição de competências estatais e direitos fundamentais. Ademais, ambos vinculam o aplicador do direito à sua observância, decorrência lógica do caráter normativo.

Os princípios têm cunho normativo porque são extraídos das normas por meio de um procedimento de generalização sucessiva (a sua judicialidade decorre não da razão ou direito natural, mas por terem sua gênese nas próprias leis, no próprio ordenamento jurídico), e também porque se destinam a resolver conflitos de interesses, não claramente delineados é verdade, mas específica função das normas jurídicas. (Diniz, 1995, p. 419)

A evolução dogmática da interpretação principiológica transmudou a natureza dos princípios jurídicos, outorgando-lhes a condição de *lex* e não somente de *ratio legis*, superando definição estritamente ética, valorativa, inspirada no postulado da justiça natural, e a concepção positivista de força normativa subsidiária e natureza programática, despido de dimensão objetiva concretizadora, onde tão somente o legislativo, como expressão da vontade geral, e não o aplicador do direito poderia efetivar ou materializar os princípios.

Envereda-se num campo neutro, superando-se as dicotomias: direito natural/direito positivo, e norma/princípio que metodologicamente são agora difundidos como espécies do mesmo gênero.

Os valores historicamente comuns materializam-se em princípios, promovendo-se a interpenetração entre moral e direito, explícita, ou implicitamente como decorrência da interpretação e harmonia de um ordenamento jurídico coeso.

Os princípios podem ser expressamente positivados, ainda que não recebam esse *nomem iuris*, o que ocorre quando há coincidência entre dispositivo normativo e norma jurídica, dependente de pura e simples subsunção, raciocínio lógico formal para a compreensão da norma como princípio, ou implícitos, que, ao contrário, não estão claramente descritos, sendo obtidos por indução ou dedução, o que não significa, todavia, que o intérprete ou aplicador do direito tenha o condão de criar princípios, mas de declará-los quando dependentes de atividade interpretativa.

Para Eros Roberto Grau (1997), os princípios não são criados jurisprudencialmente, são apenas declarados quando se encontram em estado de latência no ordenamento jurídico, o que não implica dizer que os princípios são superiores e anteriores às regras.

Evidentemente referindo-se aos princípios implícitos, que não estão vinculados à letra legal, e nela não se exaure, já que constante as mutações e relatividade ou flexibilidade.

Segundo o autor português Jorge Miranda (1999, p. 224), “os princípios, não se colocam, pois, além ou acima do direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental”.

Enfim, seja explícito ou implícito, não é fácil encontrar quem negue<sup>5</sup> a natureza normativa dos princípios e sua conseqüente obrigatoriedade, o que somente pode ser defendido admitindo-se a origem comum entre as espécies: de onde os princípios retirariam obrigatoriedade que não do ordenamento jurídico, como vincular os princípios, horizontalmente e verticalmente, sem admitirmos a identidade de gênese? O que não se encontra fulcrado no ordenamento jurídico simplesmente não é válido, justo talvez, mas destituído de efeito vinculante.

Não havendo distinção quanto à origem, já que tanto as regras como os princípios são igualmente aplicáveis às hipóteses submetidas à apreciação

jurisdicional, albergados pelo ordenamento, também estará afastada a débil concepção de hierarquia entre as espécies normativas, em decorrência do que se chama de princípio da unidade do ordenamento.

Especialmente no prisma constitucional, já declarou a Suprema Corte<sup>6</sup> que inexistente hierarquia entre as normas (regras e princípios), pois a constituição é rígida e as cláusulas pétreas configuram apenas limitações ao poder constituinte derivado.

Mello conceitua princípio como (1980, p. 230):

(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Conforme adiante se demonstrará, o conceito prescrito por Mello e predominantemente difundido pela doutrina nos parece essencialmente superficial, porque elucida parcialmente a funcionalidade dos princípios e também não situa a distinção entre as espécies normativas no campo morfológico, decorrência da preliminar omissão quanto à juridicidade das normas de cunho principiológico.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 90 e 91), as espécies normativas assemelham-se por constituírem mandamentos, permissões e proibições, possuindo, assim, juízos de dever, mas os princípios apresentam alto grau de generalidade. Adverte, porém, que a distinção entre princípios e regras não é tão somente de grau, também e principalmente de qualidade. Assim, os princípios seriam “mandamentos de otimização” e as regras “mandamentos de definição”.

Enquanto as normas de otimização podem ser cumpridas em diversos graus, de forma mais dilatada possível, conforme possibilidades fáticas e jurídicas, as regras podem apenas ser cumpridas ou não, sendo inadmissíveis gradações, de modo que a exceção da regra é outra regra ou sua violação, pois possuem “estipulações no espaço fático e jurídico do possível”.

Temos que o conflito de regras resolve-se no plano da validade ou inconstitucionalidade, enquanto a colisão de princípios resolve-se no plano da

---

<sup>5</sup> A título de ilustração: Ronald Dworkin, Klaus Gunter e Habermas, que conferem aos princípios dimensão exclusivamente deontológica, devendo ser aplicados ou não de acordo com o caso concreto.

<sup>6</sup> ADIN 815-DF, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno do STF, 28/03/1996, p. DJ 10/05/1996.

ponderação de valores, do modo que coexistem no ordenamento princípios igualmente válidos formalmente, conflitantes no plano da aplicabilidade normativa.

Disso que o sistema de regras é hermeticamente fechado (conteúdo objetivo – aplicabilidade mediante subsunção), não se submete à ponderações axiológicas como os princípios (conteúdo ético-valorativo – aplicabilidade mediante interpretação ponderativa), conforme seus particulares substratos fáticos, corroborando com a concepção de distinção estrutural, que exige distinta aplicabilidade. O princípio é adimplido de forma flexível, e de variadas maneiras, quanto às normas, sua flexibilidade importa em não aplicação.

Os princípios seriam condutores da justiça e moralidade, conferindo-lhes objetividade ao integrar o ordenamento, comprimindo a discricionariedade ideológica e proporcionando a auto-suficiência do sistema, na medida em que oferecem espaço para o desenvolvimento da racionalidade argumentativa para a solução de *hard cases*.

Melhor explicando na senda de Dworkin apud Bonavides (2000, p. 253): as regras são submetidas ao sistema disjuntivo (*an all or nothing*). Ocorrendo a hipótese por ela prescrita será válida, não ocorrendo, inútil à decisão.

A aceção de “tudo ou nada”, inerente às regras, é incompatível com a dimensão de valor, seja abstrata ou concretamente não se pode afirmar que duas regras igualmente válidas disputam incidência sobre a mesma hipótese, ao passo que, os princípios, ao menos concretamente, se apresentam de forma “hierárquica” na medida em que, para a aplicação de um deles seja determinante a supressão ou contração de outro, embora reconheçamos a dificuldade de estabelecimento de um parâmetro de predominância.

Conclui Dworkin apud Bonavides (2000, p. 254) que “se duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser regra válida. A decisão acerca de qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada fica sujeita a considerações exteriores às próprias regras”.

A aplicação das regras fora do eixo subsunção – não subsunção, comprometeria a estrutura do Estado Democrático de Direito, pois tornaria cada atividade interpretativa um novo processo legislativo, colocando em xeque os juízos de oportunidade, conveniência e discricionariedade dos poderes executivo e legislativo.

As regras, em sua concretude e dimensão co-participativa, constituem o que denominamos de consenso mínimo, os princípios tecem fins, parâmetros, a despeito de seu caráter normativo.

Advertimos que nem sempre essa distinção estrutural ou qualitativa se mostrará demasiadamente singela. Há fatores externos que podem dificultar essa tarefa, como as ambigüidades lingüísticas e técnicas legislativas.

Ademais, não se ouvida a existência de regras com conteúdo indeterminado, flexível, como os princípios, onde o intérprete deverá da mesma forma, integrá-las com sua subjetividade, proclamando a decisão que se colime com a sistemática organizacional do ordenamento jurídico, o que lhe conferirá legitimidade.

Passaremos agora às distinções funcionais, que não raro encontram pontos de intersecção com a distinção estrutural, ou melhor, as funções específicas desempenhadas pelos princípios geralmente refletem seu distinto conteúdo ou substrato.

Para Pietro Sanchís (1992, p. 154) a expressão funcionalidade pode designar distintos objetos correlatos. Pode referir-se à finalidade do operador ao invocar o princípio, daí temos que se destina a integrar e interpretar o ordenamento, num segundo plano, refere-se aos possíveis resultados obtidos quando da aplicação, que pode ser normativo ou limitador de eficácia e, por fim, pode designar o modelo de raciocínio exigido pelos princípios, ou seja, que argumentos podem ser desenvolvidos.

Posteriormente, ordena as funções em dois grupos. A função primária seria exercida quando os princípios constituem normas primárias para a solução dos conflitos de interesses, disciplinando-os diretamente. A secundária revela tão somente a fundamentalidade dos princípios no ordenamento, atuando na aplicabilidade de outra disposição normativa.

Canotilho traz as distinções em cinco critérios (2002, p. 1146 e 1147):

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras

(do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) “Proximidade” da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larens); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Explicando melhor as distinções, temos que as regras comportam descrição de condutas, estabelecem directamente os efeitos que devem ser produzidos e a maneira de fazê-los, enquanto os princípios prescrevem tão somente objetivos, valores prestigiados, não identifica as condutas a serem realizadas para persecução de seus fins ou efeitos, relativamente indeterminados, pois dependentes de ponderações e comportando múltiplas ações, malgrado obviamente certas delas sejam indispensáveis a realizá-los. Nesse ponto, apresentou o mestre lusitano distinção estrutural.

O ordenamento constitui-se em função de duas razões, quais sejam, segurança jurídica e previsibilidade *versus* justiça e direito, sendo que ambos valores contribuem igualmente para o desenvolvimento e promoção do bem-estar social.

Enquanto os princípios conferem ao intérprete um lapso de adaptabilidade à situação que lhe for submetida, aumentando a arbitrariedade e infringindo, por vezes, a própria igualdade, a rigidez das regras inviabilizaria a existência do Direito, a um porque em seu baixo nível de abstração e elevada determinabilidade não regulamentaria todas as hipóteses de condutas possíveis, a dois porque a evolução comportamental humana não foi não é e nunca será acompanhada pelo desenvolvimento da ciência jurídica.

Nas palavras de Canotinho (2002, p. 1148), um “sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática”, que não se coaduna com uma “sociedade pluralista e aberta”.

Prosseguindo, a fundamentalidade e a natureza normogénica nada mais expressam do que a funcionalidade interpretativa e integrativa exercida pelos

princípios, sua diretriz valorativa ordenadora, proporcionando identidade ao sistema ao constituir DNA para originar outras normas.

Bobbio apud Bonavides (2000, p. 255), com incontestável precisão, decompõe analiticamente esses fatores distintivos. Prescreve que os princípios têm funções, interpretativa (confere certo e determinado sentido à disposição normativa, atua na construção de significado normativo a outra norma ou grupos de normas), integrativa (preenche as lacunas legais regulamentando diretamente a situação fática), diretiva (orienta os legisladores e aplicadores do direito na atribuição de conteúdo à norma. Seria característica específica dos princípios programáticos) e limitativa (de competência para regulamentar e de eficácia da regulamentação).

Podemos, enfim, encerrando o tópico, conceituar os princípios englobando todas suas características e funções. Alexandre Vitorino diz (2007, p. 26):

Assentadas as semelhanças e diferenças, pode-se, então, conceituar brevemente princípio como a norma, dotada de elevado grau de fundamentalidade e abstração, que, sem prever, de modo disjuntivo, sua aplicação a situações concretas, se constitui em ordem de otimização, e, destarte, requer, por parte do intérprete, uma atividade de mediação, para que determine a consequência aplicável ao fato.

Por ser definição mais abrangente e que maior particularidade confere aos princípios, será de aqui em diante por nós adotada.

### **3.2 Natureza Jurídica do Princípio da Igualdade**

O ordenamento jurídico não é composto por normas e regras segundo raciocínio Kelseniano, mas por regras, e princípios que, a despeito de serem compostos por um núcleo de natureza normativa, que gera imediata obrigatoriedade sem se questionar sua conveniência, preenchido pelo sistema jurídico, tem sua periferia dotada de historicidade, que o adequa aos sentimentos de determinada sociedade de acordo com o momento histórico.

Essa zona dos princípios dependeria de casuísmos para que fosse devidamente preenchida, teria aplicabilidade relativa, caráter consuetudinário, como o *Common Law*, construído e limitado, por exemplo, pela doutrina e jurisprudência.

Explico. Não pretendemos atribuir conteúdo determinado e certo ao princípio da igualdade porque, se assim fosse, não haveria falar-se em princípio. O que modernamente se admite é que os princípios seriam compostos por dois círculos concêntricos, um maior outro menor, sendo que o núcleo seria determinado, pois devidamente positivado, dotado, portanto, de aplicabilidade imediata, refletindo os anseios do regime co-participativo, enquanto a parte periférica do círculo seria objeto de discussão quanto ao conteúdo, em face da mutabilidade e historicidade social.

Noutras palavras, enquanto as normas apresentam tão somente uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa<sup>7</sup>, os princípios apresentam, ainda, uma zona complexa, espaço sobre o qual incide o fenômeno da mutação principiológica, que exprime a possibilidade de alteração do seu conteúdo sem qualquer modificação formal, dependente tanto de fatores jurídicos como extrajurídicos, que exprime seu maior grau de abstração.

Segundo Barroso (2003, p. 30) “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização de direito fundamental desempenham um papel central”. Essa interpretação a respeito do conteúdo do princípio permite uma harmonização das posições doutrinárias sobre sua natureza jurídica.

Por um lado ressalta o conteúdo axiológico dos princípios, que constituiriam uma ordem concreta de valores, não concreta no sentido de imutabilidade, mas de hierarquia (não abstrata) valorativa, ou seja, aplicação das regras de ponderação, flexibilização, ou adequação do princípio à demanda submetida à apreciação jurisdicional. (Alexy, 2008, p. 116-120)

Ao revés, consagra também o caráter deontológico dos princípios, assim entendido como um comando normativo (regra), e como tal, não admitiria ponderação, mas apenas subsunção do caso concreto ao princípio constitucional,

---

<sup>7</sup> Excluimos as normas que vinculam conceitos indeterminados.

num raciocínio de tipicidade, somente havendo uma decisão concreta de acordo com as razões das partes. (Dworkin, 1997, p. 61-108)

Dessa forma, as teorias seriam complementares, enquanto a primeira aproximaria o aplicador do direito ao desenvolvimento social, materializando os bens jurídicos, na hipótese, mais importantes, a segunda reduziria sua discricionariedade, mitigando a aplicabilidade da sua ideologia às decisões, proporcionando a tão almejada segurança jurídica e previsibilidade.

Logo, o princípio da igualdade apresentaria tanto natureza axiológica como deontológica. Opera-se a transitoriedade de um conteúdo metafísico para o campo positivo do direito, conferindo ao princípio, ao menos mínima densidade normativa, submetendo-o à ciência jurídica, delimitando-o dogmaticamente, diretamente no que tange ao núcleo, e indiretamente no que for afeto à sua periferia.

### **3.3 Conteúdo do Princípio da Igualdade**

A dificuldade de conceituar o princípio da igualdade decorre de sua própria estrutura ontológica, porque a igualdade, reciprocamente considerada, nada expressa nada significa. Sua percepção tão somente aflora quando algo ou alguém é submetido a esse juízo, de forma que a igualdade é sempre relativa, na medida em que constitui parâmetro para aferição da justeza de tratamentos, situações e condições. Dessa forma, se apresenta como o único direito fundamental despido dessa objetividade, constituindo, em verdade, limitações externas e internas a feitura e aplicabilidade das normas *lato sensu*.

No escólio de Canotilho (2002, p. 428), "a igualdade designa uma relação entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma igualdade relacional, pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinada característica". Adiante, adverte o mestre lusitano que "a fórmula "o igual deve ser tratado igualmente e o desigual

---

desigualmente” não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade)”.

Para Dworkin (2005), a igualdade seria tratar a todos com igual consideração e respeito, daí seu conteúdo não rijo. Ainda descreve que em se tratando os indivíduos como iguais, haveria a diferença entre discriminações justas e injustas, bastando um raciocínio de subsunção, ao contrário, através da fórmula “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, não a igualdade, mas a razoabilidade seria o elemento valorativo do discrímem, consistente na consideração da situação particular de cada um dos indivíduos analisados.

Referiram-se os insígnies juristas à conceituação aristotélica de igualdade, vinculada à idéia de justiça, difundida e desenvolvida internamente por Ruy Barbosa (2001, p. 55), para quem “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.

Nessa esteira, se posiciona Carmem Lúcia (1990, p. 118), para quem a igualdade é “um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental”.

Segundo Bobbio (1997, p. 72), “o fim do direito, ou seja, das regras coercitivas que regulamentam as condutas humanas inseridas no meio social, é garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos seja nas relações entre o Estado e os indivíduos”.

Noutra obra, Bobbio (2000, p. 7) dispõe que “liberdade” indica um estado; “igualdade”, uma relação. O homem como “pessoa deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade”.

A propósito, com salutar precisão, pondera Torres (1995, p. 264) que “a difícil conceituação da igualdade tem feito com que ela seja confundida com os próprios valores: ora a justiça, ora a liberdade. Segue-se daí que inúmeras podem ser as classificações da igualdade, conforme os valores de que se aproxime”.

Essa imprecisão, segundo Torres (1995, p. 266 e 267) ocorre por que:

“(…) o princípio da igualdade é vazio, recebendo o conteúdo emanado dos diversos valores e harmonizando-lhes às comparações intersubjetivas. A igualdade é o tema fundamental do constitucionalismo e penetra, como medida, proporção ou razoabilidade, em todos os valores e princípios, dando-lhes a unidade. Participa, portanto, das idéias de justiça, segurança e liberdade, sendo que, no concernente a esta última, aparece tanto na liberdade negativa, quanto na liberdade positiva, como condição da liberdade, a assegurar a todos a igualdade de chance (= liberdade para ou real). Na mais importante das formulações da igualdade do direito hodierno, John Rawls coloca-se na mesma equação com a liberdade, a justiça e a segurança, expressa nos seguintes princípios: Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual à mais ampla liberdade básica compatível com a liberdade similar dos outros; segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser combinadas de forma que ambas (a) correspondam à expectativa razoável de que trarão vantagens para todos e (b) que sejam ligadas a posições e órgãos abertos a todos.

A igualdade, então, é uma relação que pode ser preenchida por diversos conteúdos, e para o homem, somente é dotada de algum sentido jurídico prático considerando-o genericamente, ou seja, como membro de um grupo social, em face de um, alguns ou todos os membros desse grupo, confrontando-se algum caractere inato ou artificialmente produzido, de forma que essa penumbra conceitual apenas será esclarecida com respostas às seguintes expressões: igualdade entre quem? Igualdade em relação a que?

Nas palavras de Campos (1956, p. 380), referindo-se à igualdade, “o princípio não tem, portanto, como foco de incidência um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica (...)”.

A despeito das controvérsias inumeráveis quanto à conceituação da igualdade e, considerando-a limiar de toda hermenêutica constitucional, tentaremos traçar um conteúdo tetradimensional do princípio da igualdade, amparado nos conflitos históricos evolutivos do princípio, lapidado sob a concepção de gerações de direitos humanos, onde teríamos as seguintes dimensões da igualdade: igualdade

substancial, igualdade material, e igualdade formal que se biparte em igualdade na lei e igualdade perante a lei.

### **3.4 Espécies de Igualdade**

#### **3.4.1 Igualdade substancial**

Essa faceta do princípio da igualdade exprime a idéia de que todos os homens são, naturalmente, iguais e desiguais. Iguais quanto aos caracteres externos, direitos e obrigações, distintos quanto à intensidade desses direitos e obrigações, de modo que, além da natureza comum, que acaba por nivelar os homens, cada um deles possui natureza *sui generis*, principalmente de ordem subjetiva ou psíquica, imanente à natureza humana. É a igualdade de seres, inatingível, decorrente do próprio substrato humano.

Segundo Santos (2003, p. 53), “temos o direito de ser igual quando nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”.

São características inarredáveis, que impedem a promoção de uma igualdade absoluta entre os homens, o que não significa devam ser desconsideradas pelos destinatários do princípio, mas observadas e respeitadas, apenas não constituindo desigualdade a ser transposta, superada.

Conforme Kelsen (1962, p. 190), “a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas” e arremata o alemão: “(...) seria absurdo impor a todos os indivíduos as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles”.

Essas assertivas de Kelsen nada mais refletem de que a admissibilidade da existência de características inigualáveis entre os seres humanos, que servirão de limitação aos poderes normativos.

No direito pátrio, Rocha diz (1990, p. 118):

(...) não se aspira uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural (...). O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas (...).

Rousseau, como bem observa Silva (2004, p. 211), sob a nomenclatura de desigualdade natural ou física, descreveu alguns elementos distintivos que deveriam ser observados na constituição e aplicação das normas, pois decorrentes da natureza humana, como a idade, saúde e compleição física, dentre outras.

### **3.4.2 Igualdade formal**

Essa espécie de igualdade se desdobra em igualdade na lei e igualdade perante a lei, que representam apenas a igualdade de estrutura legal, distinguindo-se quanto aos destinatários e utilizações.

A igualdade perante a lei exige a aplicação concreta do dispositivo legal, qualquer que seja seu conteúdo, independentemente de quem nele incorra afim de que todos aqueles que realizem a conduta descrita, ou seja, em havendo os pressupostos fáticos, se sujeitem à disposição normativa.

Exige incidência legal uniforme, ou a submissão de todos aos mesmos diplomas legais, desde que compreendidos por eles, conforme o próprio conteúdo, daí vincular os poderes Executivo e Judiciário.

A expressão igualdade na lei é auto-explicativa: essa modalidade de igualdade se ocupa do conteúdo da disposição normativa, por isso vincula exclusivamente o legislador<sup>8</sup>.

Havendo essa vinculação interna, por força do artigo 5º, da Constituição Federal, qualquer tratamento distintivo infundado ou arbitrário (quer porque trata a todos igualmente quer porque conceda privilégios) vinculado infraconstitucionalmente padecerá de inconstitucionalidade, ao passo que a vinculação constitucional deverá ser interpretada ora como exceção ao princípio, constituída em favor de interesse público preponderante, ora como norma promotora da prospectiva material da igualdade.

Para Moraes (2006, p. 31) “o que se veda são diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça”, somente se tendo por lesado o princípio constitucional da igualdade formal “quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo ordenamento”.

Daí que a adoção de fatores como sexo, origem, idade e raça, como elementos de discriminação, segundo a melhor exegese desse desdobramento do princípio, nem sempre materializaria privilégios ou preconceitos discriminatórios, já que o que se veda é que esses fatores possam ser utilizados, *ab initio*, como critérios de discriminação, numa presunção de inconstitucionalidade, não compreendendo na vedação fossem utilizados para corrigir distorções previamente verificadas no que tange ao fator que se adota como parâmetro.

A todos foi conferido direito de exigir imparcial proteção legislativa, o que não implica em aceitação de uma igualdade aritmética, admitindo-se tratamento eqüidistante fundamentado em fatores justificados.

A igualdade formal se revela, portanto, como um direito subjetivo público, porque dotada de eficácia exclusivamente vertical, já que as atividades de convenções normativas e aplicação dessas convenções são fundamentalmente estatais, logo, as pretensões advindas desse princípio são erigidas contra o poder estatal.

---

<sup>8</sup> Os demais poderes da república somente são vinculados no exercício da atípica função legislativa.

Nas palavras de Mendes (1998, p. 33), a igualdade formal tutela “a liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público”. Sendo violado o princípio, surgem as pretensões de abstenção, anulação ou revogação, conforme a esfera da atuação estatal violadora.

No magistério de Bastos (1996, p. 37), isonomia formal consiste “no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional”.

Na atividade de desenvolvimento das normas não poderá o legislador incluir afrontas à isonomia, dispensando tratamento distintivo sem amparo normativo, por outro lado, o intérprete não poderá submetê-la a tratamento discriminatório ou seletivo não autorizado constitucionalmente, adstrito que estará à aplicação da norma, função tipicamente jurisdicional, e em menor grau, vinculante ao Executivo.

Segundo Mello (2006, p. 10):

(...) dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes”. Daí que o “preceito magno da igualdade é a norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador.

Noutras palavras, a manifestação de Sundfeld (1993, p. 160):

(...) os particulares são iguais perante o Estado como um todo. São iguais perante o legislador, assim devendo ser por ele tratados. São iguais perante a lei, donde a necessidade de, em sua aplicação, o juiz, como a Administração, tratem-nos de modo parificado.

Dois problemas, um de ordem objetiva, outro de ordem subjetiva, vêm, ao longo dos séculos, incidindo nessa seara, prejudicando o desenvolvimento de uma igualdade efetiva. Objetivamente, a igualdade de conteúdo, em razão dos

princípios da generalidade e abstração, norteadores da atividade legislativa, obstaculiza projetos pontuais destinados à supressão dos desníveis existentes.

Subjetivamente, temos que a igualdade formal, produto do liberalismo econômico burguês ascendente ao Antigo Regime, estigma do Estado Mínimo, parte da falsa premissa de que os indivíduos são naturalmente iguais, consagrando os ideários iluministas, firmando também óbice às políticas públicas de favorecimento de determinada classe ou setor. Cada um, já que em igualdade de ponto de partida, segundo seu mérito, satisfaria suas necessidades, desconsiderando objetiva e subjetivamente as desigualdades existentes entre os indivíduos, mormente as artificialmente produzidas<sup>9</sup>.

Portanto, originalmente, o princípio almejava apenas afastar vantagens predeterminadas, como os privilégios de nascimento, promovendo verdadeira liberdade social e econômica, bem como mobilidade numa sociedade classista, resultante de virtudes naturais<sup>10</sup>.

Segundo Miranda (1993, p. 213) “o sentido primário do princípio é negativo: consiste na vedação de privilégios e discriminações”.

Todavia, por volta de meados do século XIX, intensificaram-se os reflexos, principalmente sociais, da abstenção estatal e individualismo horizontal, porque o êxito econômico do liberalismo não conseguiu promover o bem-estar social, transpôs a hierarquia, mas não a divisão de classes.

Por essas razões, com o fim da Primeira Guerra e a promoção dos direitos sociais, o conteúdo negativo da igualdade evoluiu, conferindo ao Estado a função de parificação das desigualdades sociais, cenário propício ao desenvolvimento das ações afirmativas.

Uma das maiores vozes dissonantes dessa classificação, Silva (2004, p. 214) argumenta que doutrina e jurisprudência<sup>11</sup> já firmaram orientação “de que a

---

<sup>9</sup> A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 cunhou essa concepção liberalista ao dispor, no seu artigo 1º, que os homens nascem e permanecem iguais em direitos.

<sup>10</sup> Artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

<sup>11</sup> Divergindo: STF – Pleno – MI nº 58-1 DF – Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 19 de abril 1991, p. 4580, dispõe que o princípio da igualdade se impõe: a) ao legislativo e executivo (atividade de edição de leis), sendo que nenhum instrumento normativo pode criar situações de tratamento diferenciado que não esteja em perfeita consonância com os demais valores consagrados pela Carta Magna; b) ao interprete ou aplicador do instrumento normativo, que não

igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei”.

Adiante (2004, p. 215), outorga razão a Francisco Campos, que declarou que somente o legislador “poderá ser o destinatário útil de tal mandamento”, referindo-se à igualdade formal, porque “o executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei”.

No mesmo sentido, Kelsen (1962, p. 190) adverte que as razões do princípio isonômico se depositam na igualdade na lei, uma vez que a igualdade perante a lei seria tão somente a regularidade de aplicação da norma.

Pois bem, a despeito da respeitabilidade dos insígnis juristas supramencionados, que desenvolveram raciocínios reducionistas em relação aos destinatários e em consequência, ao alcance do princípio, não se deve desconsiderar que em se tratando de normas infraconstitucionais, o (sub) princípio da igualdade na lei vincula também o judiciário. Ora, se o legislativo não observou essa modalidade de igualdade, cabe ao judiciário deixar de aplicar o instrumento normativo através do controle de constitucionalidade, exatamente por violação ao princípio da igualdade formal, por expressa restrição constitucional.

A igualdade formal, conforme demonstrado ao longo da evolução histórica do princípio da igualdade, sempre integrou o núcleo normativo do princípio, de forma que a igualdade foi, em certos períodos, dispensada, por conveniência política, mas esse núcleo manteve-se incontestado. Negou-se todo o princípio, mas não seu conteúdo.

---

poderá, quando de sua aplicação, se fundamentar em critérios como raça, cor, religião, origem e classe social para resolução da questão que for submetida a sua apreciação; c) aos particulares.

### 3.4.3 Igualdade material

Reflete a igualdade de estrutura social. Seu desenvolvimento exprime uma evolução exegética do princípio muito recente, decorrente da evolução das dimensões dos direitos humanos fundamentais, e conseqüente necessidade de normatizar ou fundamentar constitucionalmente a luta por condições mínimas de desenvolvimento social, moral e intelectual, e combate a preconceitos sedimentados pelo processo histórico, guardando estreita vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A visualização restritiva do princípio à igualdade formal, marco liberalista, não mais exaure seu conteúdo. Os textos legais, a doutrina e jurisprudência utilizam-no num sentido de promoção de justiça social, ou remoção de obstáculos que constituam limitações à igualdade real entre os indivíduos.

Segundo Siqueira Castro (1983, p. 35 e 36), os movimentos pela diminuição “das injustiças sociais fez resultar o conflito, até hoje insolvido, entre a limitada noção de igualdade jurídica (...) e o desejo de igualdade real, isto é, de igualdade de fato entre os homens no meio social”, e arremata que (1983, p. 41), a “(...) concepção formalista e burguesa da igualdade, desprezou por completo o problema da igualdade dita real ou material, acatando, assim, os postulados do liberalismo clássico (...)”, promotor das desigualdades sociais em seu regime econômico quase feudal.

A igualdade proporcional perante os bens da vida, impõe tratamento discriminatório positivo tomando por base características físicas e psíquicas dos homens e a pluralidade de interesses opostos.

Apresenta-se nas Cartas, como direitos de segunda geração ou direitos sociais, via direta da construção de condições igualitárias, pressupondo, portanto, uma desigualdade de acesso a bens como educação, saúde, lazer, assistência social e acesso à justiça, não decorrentes de condições naturais.

Segundo Ribeiro Bastos (2002, p. 317):

Desde priscas eras tem o homem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade que os doutrinadores comumente denominam de igualdade substancial. Estende-se por esta, a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como sujeição a deveres.

Na mesma perspectiva firmaram-se Jiménez e Barletta (1998, p. 77), ao discorrerem que “entende-se por substancial a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição dos direitos, bem como sujeição a deveres (...) igualdade real e efetiva perante os bens da vida”.

A despeito da precisão finalística dos supracitados autores, ressaltamos a imprecisão terminológica na senda da classificação por esse trabalho proposta. A igualdade substancial, conforme já exposto, não é vislumbrada como meta a ser satisfeita, de modo que a igualdade acima reportada trata da modalidade material.

Para Sen (2001), “a igualdade de oportunidades não é suficiente para redução das desigualdades materiais, sendo fundamental a busca de igualdade de capacidades”.

A expressão de Sen mostra-se equivocada ao propor que a igualdade material atue na promoção da igualdade de capacidades, porque as divergências de potencialidades intelectivas decorrem de fatores naturais, devendo, portanto, serem excluídas do objeto das normas promotoras de igualdade material.

Só haveria sentido a expressão, se essa igualdade de capacidades fosse interpretada como condições mínimas de aferir o essencial à dignidade humana, qualquer que fosse a capacidade fomentada, porque isso sim deve ser almejado e proporcionado pelo princípio da igualdade material.

O nivelamento das capacidades implicaria na admissibilidade da igualdade de aptidão para todos os trabalhos necessários ao desenvolvimento pessoal e social, incorrendo em grande sofisma. Aliás, foi mais ou menos essa a proposta do derrocado ideal comunista.

Para Bonavides (1989), “a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo”.

Segundo Trindade (1997, p. 390):

(...) a visão compartimentalizada dos direitos humanos pertence ao passado e, como reflexo dos confrontos ideológicos de outrora, já se encontra a muito superada. O agravamento das disparidades sócio-econômicas dos países, e entre as camadas sociais dentro de cada país, provocou uma profunda reavaliação das premissas das categorizações de direitos. A fantasia nefasta das chamadas gerações de direitos, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno que hoje testemunhamos não é o de uma sucessão, mas antes de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos.

Na nossa concepção de princípio, produto do embate dialético entre as naturezas jurídicas axiológica e normativa, a igualdade material amplia o conceito de igualdade, inserindo-se predominantemente no espaço aberto do princípio, conforme seja produto de interpretação normativa, e eventualmente no núcleo de natureza regrativa, conforme seja expressamente consagrado pelo ordenamento, não havendo, portanto, uma sucessão do princípio da igualdade, mas uma sedimentação no significado dos direitos humanos, que são complementares e indivisíveis, exigindo uma visão sistemática.

Nessa conjectura o escólio de Vitorino Silva (2007, p. 28):

(...) o princípio da igualdade material não só veda o tratamento discriminatório, como também preconiza a elaboração de leis e implementação de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato. É, pois, um direito social à igualdade, ou, o que seria equivalente, uma pretensão do indivíduo a todos os meios necessários para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Conclui-se que, sem a garantia (exigida contra o próprio estado) de um padrão mínimo de condições materiais, mediante prestações positivas, as liberdades individuais seriam promotoras não da autodeterminação humana, mas da dominação e da exploração privadas, responsável principal pelo agravamento da miserabilidade de grupos desfavorecidos em qualquer aspecto de convivência social.

Para Bidart Campos (1989, p. 297 e 298) “una sociedade es desigualitaria cuando la libertad real no está a disposición y al alcance de todos los hombres”.

Especialmente nesse ponto é que se verifica a intersecção entre os princípios da igualdade material e dignidade humana, já que esse constituiria, *numerus apertus*, a longitude daquele, que no magistério de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 258), compreenderia saúde e educação básicas, assistência aos desamparados e acesso à justiça, sendo esse último verdadeira garantia ou instrumento à concretização dos primeiros. Nesse contexto, as pessoas passam a ser percebidas em função de suas necessidades particulares, especificando-se o sujeito de direito e introduzindo-se as discriminações positivas.

Para Torres (1999, p. 141 e 144):

(...) há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. (...) Não tendo o mínimo existencial dicção constitucional própria, deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade (...). Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos da qualidade que da quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo da utilidade (...). Certamente, esse mínimo existencial, se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável.

Encerrando, discorreremos brevemente a respeito da ampliação dos destinatários do princípio, matéria controversa entre os estudiosos dos direitos humanos, onde se insere o princípio da igualdade.

Desde o momento em que se conferiu à Constituição supremacia normativa no ordenamento, consagrando-se a rigidez de suas normas e o controle de constitucionalidade, superou-se a concepção de que direitos, constitucional e privado, albergavam distintos campos de atuação, ocasião em que se passou a discutir se as limitações externas ao Estado (direitos humanos) se imporiam às relações privadas.

A Constituição, no decurso de seu rol axiológico, além da natural finalidade organizacional estrutural interna, busca essencialmente um regramento social, de modo que as relações privadas devam-lhe conformidade.

Ademais, o poder não é exclusivamente vertical, porque as relações *inter privados* nem sempre se erigem entre pessoas iguais, autônomas e livres, construindo normalmente natureza de submissão, onde o pano de fundo da autonomia de vontade seria mera quimera, não havendo autonomia, tampouco vontade, em relação a uma das partes.

É claro que, como membros de um Estado Democrático de Direito, todos são igualmente titulares de direitos, especialmente os oponíveis contra o *leviatã*, mas a intensidade com que há invasão à esfera intersubjetiva e a abstrata neutralidade são mensuradas à medida que se vilipendia direitos fundamentais, especialmente a igualdade material.

É imanente à natureza dos direitos fundamentais promover a dignidade dos seres humanos, o que, num prisma lógico, implica em estendê-los aos particulares, como limitadores das relações privadas, mormente as pseudoparitárias.

Os direitos fundamentais apresentam dimensão objetiva no instante em que representam as escolhas sociais, donde também se extrai fundamento da dupla eficácia, concomitantemente ao dever de proteção do Estado, atualmente zeloso guardador e promotor das condições materiais mínimas, promovendo-as às expensas da autonomia privada, o que não implica em dizer que todo e qualquer ato de violação deva ser atribuído ao Estado.

Não se ouvida que, o mais privado dos direitos, qual seja, o direito civil, foi inserido na Constituição Federal numa clara transposição do Estado Mínimo, que agora se imiscuí num campo até então posto a salvo de qualquer intervenção, cassando o salvo conduto para exploração da liberdade por ele proporcionada.

E mais, como se vincularia o Estado aos direitos humanos naquelas hipóteses em que se inter-relaciona com os súditos despido de sua superioridade constitucional, ou seja, na atuação dos interesses do aparelho estatal, não representando os interesses estruturais do regime democrático?

No magistério de Hesse (2001, p. 107), “a liberdade humana pode resultar menoscabada ou ameaçada não só pelo Estado, mas também no âmbito das relações jurídicas privadas”, daí somente ser “possível garanti-la eficazmente considerando-a como um todo unitário”.

Corroborando, a assertiva de Jean Rivero (1984, p. 673), de que não existem “duas éticas diferentes” como se compartilhassem o meio social “duas concepções opostas do homem”.

Para Quadra-Salcedo (1981, p. 70), “los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicados en todos los ámbitos de actuación humana (...)”

Longe aqui de enveredar-nos pela escotilha obscura das discussões a respeito da forma e grau<sup>12</sup> em que ocorreria esta modalidade de eficácia horizontal, basta que fique claro, em consonância com os objetivos do presente trabalho, que a igualdade material teve constitucionalmente ampliado seus destinatários em relação à igualdade formal, porque não vincula tão somente os Poderes da República, mas e também aqueles que compõem o organograma social.

---

<sup>12</sup> Para aprofundamento do tema recomendamos a leitura de SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direitos privados: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã.** In: **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, pp. 207 ss.; TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Humanos e relações jurídicas privadas.** In: **Temas de Direito Civil.**

## 4 AÇÕES AFIRMATIVAS

### 4.1 Origem

As ações afirmativas são originárias dos Estados Unidos como políticas públicas inicialmente voltadas para inserção de negros e mulheres no mercado de trabalho, na trilha da superação do preconceito culturalmente arraigado no país.

Na campanha de 1961 à presidência da nação, John F. Kennedy, demagogicamente, considerando-se sua origem aristocrática, inflamou os Estados Unidos com seus discursos integradores e de prestígio às minorias que compunham a população norte-americana. Eleito, obteve grande dificuldade em concretizar as políticas que defendera, mesmo entre os Democratas, seus partidários.

O que à época não foi percebido no desenvolvimento das idéias de Kennedy é que, mais do que marketing ou jingle eleitoral, buscava não somente condições melhores aos economicamente oprimidos, mas a manutenção da unidade dos estados norte-americanos, historicamente divididos entre colônias de exploração, do sul, predominantemente agrárias e escravocratas, e colônias de povoamento, implicitamente postergados com o fim da guerra de secessão (1861/1865), já passados quase cem anos sem cicatrização das lacerações recíprocas, fortalecendo-se as intensas discriminações raciais.

Teve o jovem, a percepção de que os ressentimentos, a supremacia e o fortalecimento da federação não seriam verificados de modo voluntário, daí a implementação das políticas de agregação, o que não foi compreendido, já que os programas por ele defendidos foram intitulados de “socialismo nascente”, e veementemente combatidos por muitos dos congressistas. (Menezes, 2001, p. 87-89)

Decidido a promover o que prometeu, Kennedy partiu, sozinho, à implementação das políticas na seara do Poder Executivo, já que a Constituição de 1787 não exigia conformação legislativa.

Dois meses depois de eleito, expediu a Ordem Executiva nº 10.925, que deveria ser observada por aqueles que contratassem com o governo federal, constituindo comissão com específica função de fiscalizar e combater discriminação a grupos minoritários no mercado de trabalho.

Foi à primeira vez, em um texto oficial, que a expressão *affirmative action* foi empregada. Nos termos da ordem, “o contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido à raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa (...)” tanto para garantir a admissão, como o tratamento eqüitativo durante o desenvolvimento do mister, com relação, por exemplo, a aprendizado, recrutamento, salário e promoção.

Kennedy foi assassinado em 22 de novembro de 1963, mas o legado deixado foi assimilado pelo Congresso, talvez a exploração eleitoral de sua trágica morte tenha facilitado a tramitação de alguns projetos legislativos, aprovados por seu vice e sucessor, Lyndon B. Johnson.

Em 2 de julho de 1964, foi aprovado o *Civil Righth Act* que vedava, legalmente, a discriminação em alojamentos públicos, programas do governo federal e mercado de trabalho, em razão de raça, sexo, cor ou origem nacional, e ainda instituiu comissão específica para fiscalização.

Em discurso na Howard University declarou: “você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a liberta (...) para competir com os outros. Assim, não é suficiente abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões”. (Menezes, 2001, p. 91)

A Ordem Executiva nº 11.246 exigia que aqueles que contratassem com o governo federal estabelecessem medidas positivas em favor de minorias étnicas e raciais, para correção das discriminações passadas ou presentes. A partir daí, “os programas voltados para o combate das desigualdades sociais com base em condutas positivas crescem em importância e passam a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais”. (Menezes, 2001, p. 92)

Com a ascensão de Richard Nixon à presidência, em 1969, o Ato de 1964 foi efetivado amplamente, por designação do próprio Presidente, que queria tornar o projeto judicialmente viável.

## 4.2 Antecedente Segregário: *Separate But Equal*

Essa doutrina foi desenvolvida a partir da Décima Quarta Emenda Constitucional, interpretando restritivamente o princípio da *equal protection clause*, de 1868, inicialmente para promover a coexistência entre a Constituição dos Estados Unidos e a Constituição dos estados membros, muitas delas antecedentes à Carta Federal e protetoras de diversas desigualdades e privilégios, ainda latentes, embora a Décima Terceira Emenda já houvesse abolido a escravidão, única norma constitucional americana dotada de eficácia horizontal.

A singeleza de seu conteúdo deu origem a diversas gradações interpretativas envolvendo a isonomia. No texto original, nenhum Estado poderá “negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

A doutrina dos “separados mais iguais” perdurou entre os anos de 1896<sup>13</sup> e 1954. Consagrava a possibilidade de segregação racial se a todas as classes fossem oferecidas as mesmas condições, porque não exprimiria situação de hierarquia ou superioridade de nenhuma delas. Foi um antecedente daltônico das ações afirmativas, na medida em que proporcionava, dentro da classe, uma igualdade próxima a real, conferindo a todos os mesmos direitos de acesso, por outro lado, separando brancos e negros. (Menezes, 2001, p. 74-75)

Desse modo, alguns Estados, amparados pela Emenda, editaram normas que exigiam de escolas<sup>14</sup>, empresas de transporte<sup>15</sup>, presídios<sup>16</sup>, restaurantes, aeroportos e parques, acomodações iguais para brancos e negros, mas separadamente, sem qualquer inter-relação entre as raças. (Atchabahian, 2006, p. 165)

Somente no ano de 1954 a Suprema Corte, em decisão unânime, revisou a doutrina dos “separados mais iguais”, considerando-a contrária à Décima Quarta Emenda porque, de ampla maneira, fazia distinção entre pessoas, seres

---

<sup>13</sup> Casos *Roberts v. City of Boston* (1850) e *Plessy v. Ferguson* (1856): Ações em que a Suprema Corte Americana se manifestou filiando-se a doutrina dos “separados mais iguais”.

<sup>14</sup> Boston e Colúmbia.

<sup>15</sup> Louisiana.

<sup>16</sup> Arkansas.

humanos, permitindo dispensassem tratamentos intrinsecamente desiguais, violando a finalidade magna do legislador constituinte.

### **4.3 Conceito**

Preliminarmente, é necessário elidir a idéia de que ações afirmativas são espécies de ações, na concepção processual da palavra, ou representação do poder de provocação da tutela jurisdicional do Estado. Com efeito, toda ação proposta contra o Estado, em face de alguém, tem por finalidade a afirmação do direito material que, abstratamente, não teve força suficiente para regulamentação da relação intersubjetiva, mas não é essa definição, afeta à ciência processual, que nos interessa.

Empregamos a palavra no sentido de um favorecimento artificial a grupos inferiorizados por preconceitos históricos, que precisam ser transpostos para se atingir o alcance que o constituinte empregou ao princípio da igualdade. As discriminações positivas apresentam caráter predominantemente instrumental, no tocante à promoção da igualdade material, real ou concreta entre os indivíduos.

Na definição de Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 20), “ações afirmativas se definem como políticas públicas (ou 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”.

Segundo a Suprema Corte do Canadá, as ações afirmativas seriam “termos e condições impostos em benefício de grupos que sofrem desvantagens econômicas e sociais, normalmente como resultado de discriminação passada, e destinados a auxiliá-los a alcançar igualdade com outros segmentos da população”. (Menezes, 2001, p. 28)

Decompondo analiticamente o conceito, podemos desconstituir dois paradigmas associados a essas medidas: não há nenhuma coincidência com o sistema de cotas que, embora se enquadre no conceito exposto, se revela tão somente como uma espécie de ação afirmativa, a mais comum e radical é verdade, mas não a única. Temos como exemplos às políticas econômicas de isenções

fiscais e incentivos à micro e pequenas empresas, bem como as políticas educacionais especiais aos deficientes.

Por outro lado, as ações afirmativas não estão vinculadas à atuação estatal, e podem ter caráter compulsório ou facultativo. O Estado e a sociedade, conjuntamente ou não, podem instituir medidas de discriminação positiva, desde que preencham os requisitos, afinal, a eliminação da desigualdade e preconceito não é e não pode ser tarefa exclusiva do Estado, mas também de uma sociedade que se julga igualitária, constitucionalmente vinculada à concretização da igualdade material, na esteira da eficácia horizontal do princípio.

Faz-se mister ressaltar que a compulsoriedade da medida somente poderá ser decretada através de Lei, em virtude do princípio constitucional da reserva legal. Se não for possível preencher a norma com conteúdo histórico (fenômeno da mutação), de acordo com as mudanças de paradigmas e valores que imperam em determinada sociedade, então que se faça do positivismo a mesma arma para combater as desigualdades, editando leis que se destinem a situar no espaço os grupos sociais não dominantes.

Por outro lado, não poderá restringir-se à simplicidade e informalidade do encorajamento moral ou apelo à consciência coletiva, em se considerando que a finalidade magna é a eliminação das desigualdades por meio do instrumento, proporcionando-se a inclusão dos grupos desfavorecidos.

Efetivar o princípio constitucional da igualdade material não consiste em trabalhar pela identidade entre os indivíduos, mas assegurar a paridade de armas e oportunidades para que cada um deles, a sua maneira, exercite sua especialíssima capacidade, para a promoção de seu bem e por via reflexa, do bem comum. Parte do princípio de que os seres que compõe a sociedade não devem se assemelhar, mas se completar, uma vez que a justiça não se encontra na uniformidade. O objetivo das medidas é neutralizar fatores externos para assegurar a igualdade de ponto de partida.

Para melhor elucidação e expansão das controvérsias trazemos à colação a definição de Ferdinand Mélin-Soucramanien apud Silva (2003, p. 68), para quem a discriminação positiva consistiria numa "(...) diferenciação jurídica de tratamento, criada a título temporário, na qual o legislador afirma, expressamente, o objetivo de favorecer uma categoria de determinadas pessoas físicas ou jurídicas

em detrimento de outras, a fim de compensar uma desigualdade de fato preexistente entre elas”. (tradução livre)

Observa-se que as ações afirmativas, como *modus operandi*, se valem de discriminações, atuando para redução de discriminações preexistente, sendo que o fator de discernimento necessariamente é o mesmo. De condutas discriminatórias negativas, vedadas, utiliza-se o mesmo fator para combatê-las, promovendo-se medidas positivas e incentivadas.

Nas palavras de Taborda apud Bobbio (1998, p. 257/258), "(...) uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova desigualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”.

Para exprimir a completude, extensão e formas de discriminação trazemos a definição propagada pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação:

(...) qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades, fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Em outras palavras, a discriminação negativa seria a distinção, exclusão ou restrição, baseada em fatores alheios à natureza humana, atentatórios a direitos fundamentais, e a positiva seria o destacamento de um dado concreto para atribuir-lhe, excluindo-se os demais, conseqüência jurídica destinada a igualar as possibilidades de acesso aos bens e utilidades da vida.

A ação afirmativa é, nas palavras de Leonardo Boff (1992, p. 94) “a única forma, dentro de uma sociedade desigual, de colocar concretamente a universalidade dos direitos humanos. A justiça é somente universal para todos se começar por ser justiça dos últimos”.

Enquanto não se estabelece um Estado de integração, os indivíduos marginalizados do sistema social, político e econômico, passam a agir, já que assim são considerados, como excluídos da cadeia biológica, voltando-se contra o próprio Estado e sociedade excludentes, pois impera sentimento de revolta e traição contra o Estado ao qual integram, o que certamente implicaria na constituição de grupos

extra-estatais que colocariam em risco a própria soberania, já corrompida, do Estado, pois constituiu-se pela contraprestação a que todos fazem jus, mas apenas alguns gozam.

Mister se faz, especificamente nesse ponto, trazer a definição do filósofo Ribeiro (2001, p. 6), em tom de advertência: as ações afirmativas constituem “uma correção de rota”, “um dos melhores meios, mas não necessariamente o único ou sequer o melhor em si – apenas o melhor num arsenal de meios não revolucionários”.

Nesse cenário, imperiosa a adoção de discriminações positivas, sendo elemento de sua constituição a prévia marginalização social dos indivíduos beneficiados, vítimas do processo de exclusão.

Finalmente (Rocha, 1996, p. 286):

(...) a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva, por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se promover uma efetiva igualação social, política-econômica e no segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

Encerramos o presente tópico nas palavras de Wucher (2000, p. 134): “É possível que haja aqui um desafio a própria democracia em oferecer formas e meios que viabilizem equilibrar os interesses das minorias, de um lado, e o interesse do Estado, de outro lado, já que minorias e majorias não deixam de ser parte de uma totalidade: A sociedade humana”.

#### **4.4 Beneficiários**

A questão dos legítimos beneficiários das ações afirmativas passa, indubitavelmente, pelo tema das minorias, sejam elas raciais, étnicas, econômicas, intelectuais ou ideológicas. Numa acepção estritamente gramatical, temos que

minoria constitui a parte menos numerosa e que sustenta idéias opostas às de maior número.

Todavia, tal conceituação não exprime as finalidades que se busca com as medidas e, embora não seja errônea, é demasiadamente singela.

Segundo Capotorti apud Wucher (2000, p. 45), encarregado de promover estudos preliminares atinentes à identificação de minorias a serem tuteladas pela Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem às Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1992, seria necessário o preenchimento, cumulativo, dos seguintes requisitos: estar em menor número (elemento numérico), não dominância, cidadania e solidariedade entre os membros da minoria, com vistas à preservação de sua cultura, tradições, religião ou idioma.

Ainda haveria o requisito de ordem subjetiva, consistente no auto-reconhecimento de que compõe um grupo numericamente inferior. Distinguiu duas espécies de minorias, quais sejam, aquelas que se encontravam em posição de inferioridade e que aspiravam apenas não serem discriminadas em relação ao restante da sociedade, querendo adaptar-se e assimilar-se a essa, outros grupos exigiriam, além da não discriminação, a adoção de medidas especiais que lhes permitisse preservar seu caráter distintivo, seja cultura, tradição, religião ou idioma, em outras palavras, queriam integrar a sociedade como unidade distinta do restante da população. (Wucher, 2000, p. 50)

Parece-nos não haver nenhum óbice quanto às espécies, ambas podem ser tuteladas com espede no princípio da igualdade e, embora possa haver alguma objeção quanto à segunda, é certo que, conforme já exposto, a igualdade não exprime identidade, o ideal igualitário não exige e não poderia exigir a eliminação da diversidade cultural, por exemplo, que enriquece a sociedade como um todo.

Segundo Paul Laffitte (1953, p. 118) não se pode “confundir a unidade, que é a força de uma nação, com a uniformidade que é a fraqueza”, e arremata “a filosofia individualista tem por conclusão a igualdade absoluta. O seus raciocínios recaem no indivíduo ideal, liberado do passado, senhor do futuro” (p. 111). “(...) a igualdade absoluta é um paradoxo (...)” (p. 144).

Resta claro, portanto, que a democracia não é expressão de identidade, representa consideração e respeito a todos os interesses de determinados grupos, sejam eles de unidade ou tratamento uniforme.

Em relação aos pressupostos caracterizadores, o próprio Capotorti apresentou diversas ressalvas quanto ao elemento cidadania e acabou, ao final do trabalho, por dispensá-lo. (Wucher, 2000, p. 47)

Evidentemente que a definição e tutela de determinado nicho social não há de passar por questões suprasociais, como constituição do Estado e a outorga da condição de cidadão que é feita por aquele, pois se chegaria ao absurdo de afirmar que onde não houvesse Estado não haveria minorias passíveis de tratamento distintivo.

Posicionamo-nos no sentido de que à expressão gramaticalmente numérica, minoria, deve-se acrescentar o adjetivo (não) dominante. Assim, os sujeitos das ações afirmativas são aqueles que, em menor número, integram o poderio estatal, ainda que em números absolutos representem a maioria da população.

Embora a ciência natural não tenha demonstrado que o homem, por natureza, é mal, não incorreremos no mesmo erro de Kelsen, propagado na obra “Teoria Pura do Direito”, em imaginar um ser ideologicamente neutro, porque ele não existe. Todos são influenciados pelo meio em que vivem, têm desgostos, frustrações, dissabores e preconceitos, que contaminam idéias e manifestações de vontade. Assim, ainda que legitimados como representantes do povo no poder, não se ouvida que, explícita ou implicitamente, ou até inconscientemente, tende-se a atuar como representante da classe, e não do povo.

Nessa esteira, nos parece plausível que os beneficiários das ações afirmativas não sejam aqueles que estão em menor número, mas sim aqueles que não são representados na exata proporção da parcela que ocupam na esfera social, havendo flexões de acordo com a (des) igualdade substancial.

Para Leonardo Boff (1992, p. 93):

“(...) a natureza do Estado, numa sociedade de classes, é classista, ele realiza, antes de tudo, os interesses das classes dominantes que usam os aparelhos do Estado, para realizar seu projeto classista que elas, mediante a ideologia, conseguem fazer passar como projeto de toda a

sociedade”. E conclui o autor que é por isso que “(...) o Estado classista (seja burguês, seja proletário) não conseguiram universalizar a vivência dos direitos humanos, pois excluíram a muitos e até as grandes maiorias” (p. 94).

Ora, enquanto não se superar a ideologia da desigualdade, a superioridade numérica será hipocrisia. Segundo Luís Roberto Barroso (2003, p. 45):

(...) ideologia da desigualdade. Desigualdade econômica, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. Desigualdade política, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. Desigualdade filosófica: o vício nacional de buscas o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo.

Não há qualquer restrição quanto à extensão das políticas afirmativas às pessoas jurídicas, pois pacífico o entendimento de que comungam dos direitos fundamentais, somente não sendo alcançadas pelos direitos humanos, ou seja, aqueles que exigem a qualidade de pessoa humana.

As pessoas, jurídicas ou naturais, para efeito de discriminações positivas, podem ser individualmente ou coletivamente consideradas. Embora possa subsistir alguma insurgência quanto à possibilidade do beneficiário restringir-se a uma só pessoa, vale lembrar a própria concepção de Estado Democrático de Direito, que exige consideração e respeito pelas minorias, independentemente do número que a compõe, sem se constituir nenhum privilégio.

Em remate, Rocha (1996, p. 285):

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 menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior 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 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.

Destarte, a democracia constitui-se não na majoritariedade, mas na co-participação, noutras palavras, o governo da maioria não mais se admite, sendo substituído pelo governo do povo, todo o povo.

#### **4.5 Modalidades**

As ações afirmativas podem ser agregadas em dois grandes grupos, de acordo com as finalidades por elas propagadas, quais sejam, a superação de discriminações negativas historicamente praticadas, promovendo-se um equilíbrio que já existiu, e a promoção de maior diversificação social, com o fortalecimento de grupos circunstancialmente discriminados.

A primeira modalidade será denominada de compensatória, enquanto a segunda, distributiva ou consequencialista. Em comum, o fato dos destinatários dos programas serem vitimados por discriminações atuais e a adoção de parâmetro seletivo residir especificamente em característica objeto de estigma.

As ações afirmativas compensatórias objetivam restaurar o *estatus quo ante*, não mantendo um equilíbrio, mas eliminando um desequilíbrio, promovendo a (des) igualdade substancial, por isso tem como pressuposto a prévia marginalização de grupos não dominantes, seja em razão de raça, sexo, origem ou religião.

Exige, para alguns, o que denominamos de bilateralidade personalíssima, porque apenas as vítimas individuadas da discriminação seriam amparadas pelas medidas, ao passo que, por outro lado, os preteridos socialmente pela adoção das políticas deveriam ser os autores da atitude segregária, evitando-se, assim, o que se chama de discriminação reversa.

Como bem observa Meneses (2005, p. 35) “essa expressão é muito difundida pelos opositores da ação afirmativa, nos Estados Unidos, sendo utilizada enfaticamente nos processos judiciais” (discriminação reversa). E ressalta que “esse argumento foi explorado pelo Departamento de Justiça, durante o governo Reagan, com a intenção de reduzir o alcance das políticas de ações afirmativas”.

Os adeptos dessa bilateralidade argumentam que, caso não aplicada, a ação afirmativa extrapolaria o âmbito da proteção necessária, porque determinadas pessoas seriam beneficiadas exclusivamente por pertencerem a determinados grupos, enquanto que, por outro lado, indivíduos, igualmente titulares de direitos e obrigações seriam socialmente punidos com a perda ou redução de oportunidades, sem que dispensassem qualquer sorte de tratamentos discriminatórios.

As medidas positivas deveriam, ainda, compensar os danos na exata proporção em que foram sofridos, notadamente conforme extensa demonstração probatória, o que, se não acarretasse a inviabilidade jurídica, tornaria absolutamente impossível fosse a medida promovida no mundo do ser. Em suma, nem atos, nem pessoas específicas, promotoras de desigualdades, seriam observadas à luz da adoção e aplicação das medidas.

Não entendemos necessária tal bilateralidade, porque as medidas não possuem caráter de pena, onde vige o princípio da pessoalidade, mas de reparação civil, de forma que os descendentes dos opressores e das vítimas poderiam, respectivamente, serem preteridos e preferidos.

Ora, se os imbróglis patrimoniais são assim resolvidos, porque haveria a dignidade humana ser desprestigiada com tão diferente e ineficaz tratamento, ainda nos áureos tempos da constitucionalização do direito civil, supremacia constitucional, e normatização de direitos humanos fundamentais?

Ademais, as discriminações não se restringem à atos isolados, nem a certo e determinado número de pessoas, seja diretamente seja pelo reflexo que geram, trata-se, em verdade, de sistêmica discriminação em face de determinados grupos, havendo, quanto aos indivíduos que os compõe, tão somente distinções de gradação de vitimização do preconceito.

É imperioso, porém, que aqueles preteridos em razão das medidas tenham possibilidade de acesso aos mesmos bem da vida e haja, ainda, no outro

pólo da relação, proporção entre o *quantum* assegurado às minorias e sua representatividade no contexto nacional, ponderada pela teoria das aptidões naturais.

Como objetiva a neutralização de discriminações, a nota marcante dessa medida é a temporariedade de sua adoção, para que não haja tratamento prejudicial em face dos negativamente atingidos, que não podem sofrer restrições desnecessárias, especialmente em se tratando de direitos humanos fundamentais, da mesma forma que não podem ser subordinados a barreiras intransponíveis.

De fato, há de se considerar que a ação afirmativa constitui verdadeiro ônus social, por isso oponível *erga omnes*, de modo que qualquer insurgência quanto aos efeitos negativos das medidas, devem ser combatidas com as armas da eficácia horizontal do princípio constitucional da igualdade material, e interesse público cogente em erradicação dos efeitos de discriminações pretéritas razoavelmente comprovadas, não se tornando excessivamente onerosa para os preteridos e para a sociedade como um todo.

Expressa a temporariedade, doutrinariamente, as palavras de Wucher (2000, p. 56), para quem, “uma vez reparada a injustiça, tais medidas tem que cessar, senão são suscetíveis de se reverterem em discriminação em relação aos demais cidadãos”, e legalmente, os termos do §4º<sup>17</sup>, do artigo 1º, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), e inciso I<sup>18</sup>, do artigo 4º, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979).

Nas palavras de Laffitte (1953, p. 3), a igualdade, como todo princípio, “satisfazem às necessidades legítimas, desenvolvem-se e transformam-se com o meio em que nasceram, depois corrompem-se pela exageração mesmo de seu princípio”. Para Vitorino (2002), a medida “(...) tornar-se-á inconstitucional supervenientemente a partir do momento em que, por dados empíricos como a

---

<sup>17</sup> Dispõe o preceito legal que “não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduo igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos”.

<sup>18</sup> “A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como conseqüência, a manutenção de norma

estatística e o costume, seja possível constatar a implementação da igualdade material e mostrar que a discriminação pretérita foi sanada”.

Daí que as ações afirmativas não são apenas compatíveis com o princípio da igualdade formal, mas verdadeiro instrumento hábil à concretização da face material, pois colima a promoção de uma igualdade real, atuando à neutralização de desequilíbrios entre certas categorias sociais.

Já a ação afirmativa distributiva, por outro lado, entalha a idéia de que cabe principalmente ao Estado promover a possibilidade de acesso aos bens e utilidades da vida a todos os cidadãos, independentemente da existência de qualquer discriminação negativa, sendo suficiente a mera existência de desigualdades injustificáveis.

Ronald Dworkin (2005, p. 6) confere, a essa igualdade, um papel fundamental de distribuição de poder e riqueza, justificável em se considerando a promoção de justiça e igualdade social. Cabe, portanto, ao Estado, adotar “leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, conquanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam (...)”, dessa forma, devem os governantes se empenhar em garantir que os cidadãos tenham destinos sensíveis à suas escolhas.

O professor norte-americano demonstra, ainda, duas espécies de igualdade distributiva: a de bem-estar (baseada na igualdade de êxito ou estado de consciência) e a de recursos, estabelecendo como variáveis as preferências políticas, preferências impessoais, e êxito pessoal.

Nessa igualdade, as pessoas seriam iguais na medida em que o bem-estar ou recursos satisfaçam as prioridades de cada um naquilo que considera fundamental. Enquanto a igualdade de recursos pretende equiparar as circunstâncias, de acordo com as opções subjetivas, planos e preferências, a de bem estar, o bem-estar total.

Talvez seja essa modalidade a grande responsável pelo preconceito firmado em relação às ações afirmativas, porque o conceito de injustiça em que se fundamenta é necessariamente subjetivo, de difícil conformação social, inclusive entre os potencialmente beneficiários.

---

desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados”.

Se o preconceito, pressuposto da ação afirmativa compensatória, aferido empiricamente, já enseja uma avalanche de indagações, silogismo, é verdade, mais que são fomentados hodiernamente em resistência infundada à medida, a “mera” existência de injustiças, que sequer são objetos de demonstrações razoáveis em qualquer plano da vida social, é socialmente e até institucionalmente considerada aviltante a diversos princípios constitucionais, que prevaleceriam confrontando-se com a igualdade material, como a autonomia privada, livre iniciativa, acesso à educação, dentre outros.

É certo que, determinar atuação positiva do Estado para promoção do mínimo existencial, conforme o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, flexibilizando outros direitos fundamentais, normalmente de grupos majoritários que se postam, em face do Estado, ao lado dos beneficiários, por mais prolixo e complexo os argumentos apostos, parecer-nos-ão sempre frágeis e insuficientes, independentemente do ângulo que se analise a questão, mormente em face de direitos e valores como democracia, soberania, liberdade, igualdade e dignidade, intrinsecamente relacionados, nem sempre subsistindo preceito constitucional condutor da justificativa jurídica da discriminação positiva.

Uma hipótese, no entanto, parece-nos incontestemente a justificar as medidas distributivas: as rupturas imediatas, diretas e integrais, de condições mínimas de dignidade humana, não reflexos da sucessão de eventos sociais ou políticos, mas abruptamente outorgadas a determinado nicho social, poderia, incólume de dúvida, fundamentar essas medidas, a exemplo, situações de guerra, epidemias e desastres naturais. Evidentemente, não se poderia exigir nas hipóteses mencionadas, um quadro evolucionar de segregação, comparativamente às pessoas não atingidas.

Encerrando o presente tópico, é de fundamental importância para a exata compreensão do assunto abordado, que não se incorra no equívoco de fazer coincidir ações afirmativas com políticas assistencialistas, porque enquanto a primeira instrumentaliza meios eficazes de promoção de inclusão, inserindo o indivíduo num processo democrático, promovendo sua afirmação enquanto homem, a segunda cria um vínculo de dependência indissociável aos projetos governamentais, não criando espaço para desenvolvimento da subjetividade dos indivíduos beneficiados.

## 4.6 Pressupostos Constitucionais

A questão a ser respondida é o que pode ser objeto de ações afirmativas e como programá-las, sendo que a grande dificuldade aqui enfrentada decorre da necessidade de estabelecer parâmetros mínimos de constitucionalidade dessas políticas, longe de padrões genéricos, absolutos. A constitucionalidade, como se verá, será analisada concretamente, sendo que o enquadramento da medida nos padrões propostos conferir-lhe-á caráter indiciário de constitucionalidade, principalmente em decorrência da teoria do impacto desproporcional, oportunamente analisada.

O princípio constitucional da isonomia, como já se demonstrou noutro capítulo, autoriza distinções justificadas, de modo que as discriminações positivas são, portanto, compatíveis com a cláusula igualitária se dotada de premente razoabilidade.

Corriqueiramente, fomenta-se que a afronta à isonomia reside na escolha de determinados fatores pessoais, alheios à vontade dos indivíduos, para fundamentar o discrimem. Pois bem, como elucidou Bandeira de Mello em obra de fundamental importância para compreensão do tema, essa falsa premissa foi amplamente propagada para minimizar a importância da necessidade das discriminações positivas para o desenvolvimento pleno do preceito constitucional da igualdade.

Segundo Mello (2006, p. 17), “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”, não é, portanto, nesse ponto, que se encontrará alguma ofensa ao preceito isonômico.

Observa o autor, que as discriminações “são compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial escolhida (...)” e a “desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados pela Constituição”.

Três seriam as pilastras em que se assenta a teoria de Mello: o fator de discriminação, a correlação entre o fator de discriminação e a desequiparação

procedida normativamente, e a consonância da discriminação com os interesses prestigiados pela Constituição Federal.

Quanto ao fator de discriminação, exige o preceito isonômico que não seja adotado um traço que singularize “no presente e definitivamente”, o beneficiário da discriminação positiva, o que lhe proporcionaria privilégio injustificadamente inextensível aos demais.

Arremata Mello: “insuscetível de ser reproduzida ou materialmente inviável” a disposição, haverá flagrante inconstitucionalidade, pois despida de generalidade ou, ao menos, abstração, em que a fixação de hipótese normativa exclui de plano a possibilidade de repetição da medida.

Logo, se houver possibilidade de repetição, não haverá afronta ao princípio da igualdade, ainda que, quando da adoção da política discriminatória positiva, apenas um indivíduo seja beneficiado. Não havendo essa possibilidade, somente será constitucional, se o beneficiário individualizado for indeterminado ou indeterminável no momento da construção normativa. (Mello, 2006, p. 25)

O fator de distinção, necessariamente deverá residir em pessoas, situações ou coisas, já que um fator neutro será inidôneo a distingui-los, por que, idêntico em todos eles, não poderá fundamentar tratamento distintivo.

Nas palavras de Mello (2006, p. 32):

“aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação”, porque (2006, p. 34) “o que autoriza discriminar é a diferença que as pessoas possuem em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas”.

A correlação trata da aferição prático-racional de compatibilidade entre o traço discriminatório e o tratamento jurídico distintivo nele fundado, de modo que, segundo Mello (2006, p. 28), “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão (...)” do campo de incidência normativa.

Por derradeiro, exige-se que a distinção dispensada pelo legislador almeje interesse constitucionalmente transcrito, já que a Magna Carta, produto do

embate dialético de normas e fatos, é legitimada pela promoção da vontade geral, preponderância do interesse público.

Para Mello (2006, p. 42), “a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento”.

Todavia, para se aferir a validade da discriminação positiva frente ao princípio da igualdade resta, ainda, o enquadramento à idéia de proporcionalidade ou razoabilidade, que tem o escopo de atestar se as distinções de tratamento, em relação ao resultado, são compatíveis com a igualdade.

Essa necessidade complementar decorre da omissão de Mello quanto ao mundo fático, já que a abstração de sua teoria não alcançou o juízo de legalidade no tocante à aplicação da norma dogmaticamente elaborada.

A jurisprudência americana desenvolveu, na interpretação da cláusula da igual proteção das leis, veiculada pela Décima Quarta Emenda, a teoria do impacto desproporcional, corolário do princípio da proporcionalidade, que incide especificamente nas hipóteses em que o ato normativo ou concreto não projeta uma discriminação ostensiva.

A despeito da aparente neutralidade do ato, sua aplicação desvenda resultados disparees que proporcionam favorecimento ou gravame desmesurado a um grupo em detrimento de outro ou, subliminarmente, a norma apresenta propósito discriminatório injustificável em desvio de finalidade legislativa.

Exatamente em decorrência da forma como se revela a discriminação nessas hipóteses, é que sua aferição decorre do empirismo judiciário, observando diretamente os fatos que envolvem o caso, dados estatísticos e a experiência comum.

Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 24) dispõe que:

(...) toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade

material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência desproporcional sobre certas categorias de pessoas.

Seja para análise superveniente da constitucionalidade das normas, seja para demonstração de compatibilidade com os preceitos constitucionais justificáveis à adoção das ações afirmativas, ou para a identificação de critérios, a proporcionalidade não pode ser excluída dos pressupostos dessas medidas, porque se o legislador:

elege aleatoriamente qualquer fator de diferenciação, sem pertinência de fundo teleológico, ou se estabelece, em função da distinção, privilégios ou ônus desmedidos, estará impondo uma dissimetria de tratamento inaceitável". (Barros, 1996, p. 189)

Ademais, pode ocorrer, quando se atribui peso demasiado ao fator de discriminação, conflito "com outros valores abrigados no texto constitucional e não levados em consideração pelo legislador". (Barros, 1996, p. 195)

Em suma, nos postulados de Mello, a proporcionalidade incidirá na identificação do critério do discriminação e no juízo de abrangência da finalidade da discriminação no âmbito normativo constitucional, embora instituída para cotejar a discriminação positiva com os resultados de sua incidência, tanto em relação aos beneficiados como em relação aos preteridos.

O requisito da proporcionalidade, que aqui se desenvolverá, originou-se após a Segunda Guerra, no Tribunal Constitucional Federal Alemão que buscou, através da construção e desenvolvimento de tal princípio, resguardar os direitos subjetivos constitucionalmente estabelecidos, principalmente a igualdade, opondo limitações subjetivas judiciais ao arbítrio dos poderes Executivo e Legislativo.

A proporcionalidade da medida exige submissão ao crivo dos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, requisitos cumulativamente exigíveis.

O primeiro traduz a idéia de que a medida adotada deve ser a que menos aflija direitos fundamentais dentre todos os meios possíveis, tendo em vista a satisfação da mesma finalidade, se assim não for, não será necessária. Exige,

portanto, um juízo de valoração negativo, pois a finalidade prestigiada não pode ser alcançada com adoção de outra medida menos gravosa. (Barros, 1996, p. 72-73)

Por adequação, entende-se a relação de meio e fim entre a medida adotada e a finalidade legislativa, devendo essa almejar valor constitucionalmente lícito através de meios aptos para satisfazê-la. No último elemento teríamos a proporção entre prejuízos e benefícios, segundo critério utilitarista de bem-estar.

Segundo Guerra Filho (1989, p. 75), “resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superam as desvantagens”.

A ressalva que se faz à proporcionalidade é que, na ponderação, estaria ínsito um plano de aplicabilidade das normas, seria um juízo concreto de admissibilidade, o que não se conformaria com o Estado Democrático e a separação de poderes, uma vez que ao judiciário não seria atribuída essa faculdade mas apenas a de aplicar ou não a norma abstratamente, de forma absoluta e genérica, através do controle de constitucionalidade, inclusive difuso.

Em suma, na interpretação dos direitos fundamentais, a atividade jurídica deveria basear-se em normas. A racionalidade evidencia a segurança jurídica constitucional, que seria ameaçada por hierarquia de valores que subordinaria a constitucionalidade das ações afirmativas a casuísmos, já que a proporcionalidade extrapola os limites da racionalidade.

Portanto, enquanto os ideais de Robert Alexy (natureza axiológica) constituiriam o fundamento ou a *conditio sine qua non* para aplicação das regras de proporcionalidade e ponderação, Ronald Dworkin com seu sistema normativo constitui o limite dessa aplicabilidade, uma vez que “os direitos fundamentais são “normas-princípios”, na medida em que os princípios encontram posituação nas regras, formal ou materialmente constitucional”.

O próprio Alexy, porém, solucionou o imbróglio (1993, p. 338):

A doutrina alemã, com o apoio nas decisões do bundesverfassungsgericht, tem dito que o problema da cláusula de desigualdade deve assentar-se na “proibição geral de arbitrariedade”, significando esta que não é possível estabelecer-se uma diferenciação quando não existe suficientes razões

para tanto. Assim entendendo deduziu que, quando não existe uma razão qualificada como suficiente para a distinção, está ordenada a igualdade de tratamento. Em contrapartida, o fato de existir uma razão suficiente não equivale a dizer que, neste caso, estaria ordenada a distinção de tratamento. Uma razão suficiente para uma diferenciação de tratamento pode dar lugar a uma permissão ou uma obrigação de o legislador impor o tratamento desigual. Será uma obrigação, tão somente quando a manutenção de um tratamento igual seja arbitrária. Ocorre que muitas vezes, mesmo existindo uma razão suficiente para a distinção de tratamento, não seria arbitrário um tratamento igual. Isto faz supor que, em certas situações, o legislador tem uma margem de liberdade entre dar ou não o tratamento desigual.

Dessa forma, os órgãos jurisdicionais não poderiam simplesmente sobrepor suas valorações às do legislador, porque a existência de razões suficientes à diferenciação implica tão somente na permissão de tratamento desigual, cabendo ao Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, aferir se o tratamento dispensado pelo legislador é ou não arbitrário, por meio da técnica da proporcionalidade.

Como atribuímos ao núcleo dos princípios natureza normativa, não haverá ponderação, já que a estrutura subsuntiva das regras não permitiria a utilização desse artifício por exprimir inaplicabilidade. Assim, diante de hipóteses em que comumente se exige ponderação, na verdade, o que se faz é determinar, delimitar ou expandir o núcleo essencial dos princípios que, destarte, não é estático, noutras palavras, define se a hipótese está compreendida no âmbito de proteção do princípio.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais limita a possibilidade de limitar, é, pois, absoluto, mínimo irreduzível abstratamente cominado e não pode ser flexibilizado sob pena de comprometer o próprio princípio, de forma que, em eventual hipótese de conflito entre o núcleo do princípio e eventual área não nuclear de outro, prevalece a natureza normativa. Por outro lado, inexistente a possibilidade de conflito de núcleos, pois conforme mencionado, a atividade exigida nessas hipóteses será a de determinar o próprio conteúdo do núcleo.

Exatamente na possibilidade de um dispositivo ser preterido em concreto, e ainda assim irradiar força orientadora e integrativa, é que reside a harmonia do ordenamento jurídico. Não existe expressão maior da harmonia do que a coexistência de instrumento que, num determinado caso, foi reconhecidamente contraditório a outro.

Uma solução alternativa, não menos conflituosa, na medida em que soluciona a questão da legitimidade para ponderar, mas, em contrapartida, cria outras limitações, especialmente no tocante à forma de manejo, seria a adoção da técnica da adequabilidade.

Segundo essa doutrina, a atividade jurisdicional é marcada pela concretude, historicidade e irrepetibilidade, daí que todos os afetados pela decisão devem se pronunciar, construindo decisão jurídica compartilhada. A escolha da norma aplicada decorre do que foi construído no decurso do processo.

Só um dispositivo normativo pode ser aplicado à situação submetida à apreciação dos órgãos jurisdicionais, qual seja, o dispositivo adequado, único apto a convencer as partes da decisão tomada, de modo que a justiça e a verdade seriam sempre discursivas. (Ommati, 2004, p. 158-162)

Nessa conjectura, o processo desempenha função indispensável, já que, através do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, as partes se manifestariam opondo suas razões normativas, de forma que ao juiz caberia apenas homologar a melhor delas.

Assim, não prosperaria a alegação de contaminação da decisão pelo espírito do julgador, todavia, condicionar a norma adequada à defesa das partes, parece extremamente perigoso, principalmente em face das limitações de acesso à justiça e da qualidade do acesso, aferida de acordo com as condições econômicas dos demandantes.

Outro pressuposto de constitucionalidade é o tempo, já esmiuçado noutro capítulo, pois as discriminações positivas são voltadas à neutralização de fatores externos aos indivíduos. Implementada a igualdade material, sanando-se a discriminação, deve-se por termo às medidas, para que não haja reversão da discriminação e inconstitucionalidade superveniente.

## 4.7 Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Humanos e Ações Afirmativas

Para o desenvolvimento do presente tópico, imperioso a breve fixação de alguns conceitos básicos vinculados ao tema, como vigência, eficácia, validade, efetividade e aplicabilidade.

A vigência pode ser definida como a existência jurídica da norma, resultado do processo de inserção no ordenamento jurídico, com promulgação, publicação e, eventualmente, *vacatio legis*. Já a validade diz respeito à conformidade com os requisitos previstos pelo ordenamento no que concerne à produção da norma, como regular obediência ao quorum exigido, restrições materiais, sessões legislativas, competência, de modo que é perfeitamente possível seja vigente norma não válida. É condição de obrigatoriedade e pressuposto de eficácia, uma vez que somente a norma vigente pode ser eficaz e obrigatória.

Eficácia jurídica é a potencialidade ou aptidão formal para produção dos efeitos jurídicos, nos termos de Teixeira (1991, p. 289), é “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”.

Todas as normas constitucionais têm eficácia plena e dupla, uma para o passado, porque revoga as disposições que com ela não se conformam (não recepção), e outra para o futuro, porque posta-se como condição de legitimidade para os textos que lhes são posteriores (compatibilidade vertical ou constitucionalidade).

A efetividade, também denominada de eficácia social, é a respeitabilidade dos preceitos legais, identidade entre norma e comportamento. Segundo Barroso (1996, p. 83), “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais (...)”. Enquanto a eficácia jurídica situa-se no plano do dever-ser, a eficácia social encontra-se no plano do ser.

A aplicabilidade, por outro lado, embora correlata à eficácia, com ela não se confunde. Para Silva (1999, p. 60), “eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo

fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”.

A aplicabilidade é, portanto, a capacidade da própria norma produzir efeitos jurídicos, efetivamente, de modo que se a norma não dispõe de todos os requisitos para aplicação a situações hipotéticas, lhe falta aplicabilidade (incide sobre condutas), e, em determinada medida, eficácia, havendo de se considerar os efeitos que lhes são inerentes.

Excetuando-se os efeitos que decorrem da simples natureza constitucional (revogação e inibição legislativa), a eficácia que decorre do caráter normativo e da finalidade de regulamentação de condutas sociais, (atingir os objetivos almejados pelo legislador) é mensurada na medida da aplicabilidade do dispositivo.

Noutras palavras, aplicabilidade é a qualidade da regra jurídica hábil a fazê-la incidir sobre determinado fato, enquanto que a eficácia é qualidade da regra jurídica que, de qualquer forma, está habilitada a produzir efeitos jurídicos.

Todos os dispositivos constitucionais são normas jurídicas, tendo, portanto, caráter normativo e, a despeito de algumas delas não gozarem de aplicabilidade positiva direta e imediata, não se colima com o regime democrático sejam consideradas apenas programas de governo. (Weis, 2006, p. 45-49)

A lei não estabeleceu distinção entre os direitos negativos e positivos, sendo que, em princípio, todos se sujeitam ao mesmo regime jurídico, pois direitos e garantias fundamentais de eficácia imediata, em certa medida, independentemente de concretização legislativa, ainda que despida de normatividade máxima, gerando direitos subjetivos aos titulares.

Ademais, mesmo nas hipóteses em que o dispositivo não apresenta elementos mínimos para conferir-lhe aplicabilidade, o constituinte, premido por finalidade assecuratória da máxima efetividade dos direitos fundamentais, instituiu remédios constitucionais consistentes no mandado de injunção e ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Grosso modo, transportando a presente discussão para as dimensões de direitos humanos, podemos afirmar que as normas que impõe abstenção têm aplicabilidade imediata, porque as condutas lesivas são passíveis de anulação ou desconstituição pelo Poder Judiciário sem onerosidade excessiva, conforme dispõe

o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, embora a eficácia possa ser contida caso haja previsão legal de encurtamento de seu domínio normativo.

Condicionar a aplicabilidade dos direitos negativos à intervenção legislativa, exigindo instrumento normativo de regulamentação, implica em desprezo de sua normatividade e constitucionalidade, por isso que, nesse ponto, inadmissível aplicabilidade limitada.

Já as normas que instituem prestações positivas, cujo objeto consiste em prestação econômica ou social, têm violação caracterizada normalmente por omissão estatal, nem sempre sanável pela via jurisdicional, porque a possibilidade material à satisfação da pretensão do titular do direito constitui limitação eficaz. Ressalta-se que parte dos direitos sociais ou positivos, por sua estrutura e função, se inserem no grupo dos direitos de defesa, portanto, auto-aplicáveis.

Em suma, como os direitos de primeira dimensão implicam em omissão estatal por regra, sua simples posituação resta suficiente para eficácia e aplicabilidade plenas, malgrado imponha ao Estado a obrigação de constituir órgãos de tutela da esfera individual de exercício, bem como de criação de institutos para provocá-los, por isso que a qualidade da eficácia apresenta-se distinta, já que a mera suspensão de condutas certamente apresentará maior grau de eficácia do que a imposição de satisfação de obrigação de fazer.

A questão da aplicabilidade não pode ser submetida a sistema disjuntivo, devendo-se promover a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. A inaplicabilidade deverá ser fundamentada, porque todas as normas constitucionais têm grau mínimo de eficácia e normatividade, de acordo com a forma do texto e a função do direito assegurado.

Ademais, falta legitimidade ao Poder Judiciário para administrar recursos públicos, afrontando a funcionalidade da interpretação constitucional por ingerência à separação de poderes. O executivo ordena despesas, o legislativo vota lei orçamentária e autoriza sua realização, de modo que ao poder jurisdicional estaria vedado a exigibilidade imediata de prestações que prestigiem direitos subjetivos em face do Estado na hipótese de imposição de gravame à dotação orçamentária previamente e legitimamente estabelecida, não se imiscuindo nos juízos de oportunidade e conveniência do mérito dos atos dos demais poderes, já que a legitimidade de sua atuação decorre da legislação, que não lhe permite implementar políticas públicas.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são condicionados pelo o que a doutrina denomina de pressupostos de direitos fundamentais, dentre eles, a potencialidade econômica estatal, composição social, distribuição de bens, desenvolvimento econômico, ética e moralidade das convenções sociais, todos condicionantes de outorga e proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais. Para Canotilho (2002, p. 443), “mais do que noutros domínios, os Realien (os dados reais) condicionam decisivamente o regime jurídico constitucional do estatuto positivo dos cidadãos”.

Esses direitos têm aplicação imediata apenas quanto ao núcleo essencial da dignidade humana, porque a respeitabilidade da condição de pessoa humana é pressuposto para o exercício de todos os direitos, inclusive dos civis e políticos, que exigem absentéismo estatal. O que excede o mínimo vital se sujeita à reserva do possível, limitação material à aplicabilidade dos direitos positivos. São obrigações mínimas de cumprimento imediato.

Segundo Barcelos (2002, p. 253-258), o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta um núcleo exigível imediatamente, incondicionado, e área periférica pendente de intervenção legislativa, composto conforme os anseios políticos e momento histórico-social. Comporiam o núcleo, segunda a autora, os direitos a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.

Estabelecido um mínimo material existencial, as opções priorizadas pelos poderes Legislativo e Executivo poderiam ser revistas pelo judiciário, preponderando a dignidade humana sobre a separação de poderes, instituída exatamente como instrumento de moderação, controladora de arbítrio em favor das necessidades básicas e proteção do homem. A instrumentalidade da separação de poderes determina sua relação com a dignidade humana e a aplicabilidade das normas. Para Vitorino (2007, p. 80), “trata-se se uma espécie de contrapeso implícito, atávico à idéia de Estado de Direito”.

O maior problema consiste no fato de que não há critério objetivo para a distribuição de recursos, ressalvado o mínimo existencial, de modo que a substituição ou interferência na análise técnica e política dos poderes, sem a devida capacitação dos órgãos jurisdicionais, acarretará a imprevisibilidade da realocação de recursos públicos, ao transpassar as prioridades legislativas e executivas também concretizadoras de direitos fundamentais.

Para Vitorino (2007, p. 93), “não é conveniente, nem se harmoniza com o art. 2º da Constituição, a figura do juiz administrador, que, sem qualquer legitimidade ou representatividade democrática, passará a realocar recursos públicos”. Conclui o autor que, “(...) a micro-justiça do caso concreto, quando generalizada por milhares de conflitos análogos, pode afetar drasticamente o sistema de liberdades e direitos fundamentais considerado como um todo, com prejuízo para a isonomia”.

A disposição constitucional que assegura a máxima aplicabilidade dos direitos fundamentais, não deve ser interpretada desvinculada de preocupações sistêmicas e pragmáticas como as limitações orçamentárias, pelo menos em relação aos direitos prestacionais, afinal, excetuando-se as condições mínimas de sobrevivência humana, nada que custa dinheiro é absoluto, e qualquer teoria que ignore esses percalços não passará de mero devaneio retórico<sup>19</sup>.

O que comumente ocorre, é que as normas condutoras de exigibilidade de ações positivas, como promotoras de igualdade material, são classificadas como programáticas ou programas de ações futuras, um futuro que nunca chega, sempre se retardando a concretude dos dispositivos.

A verdade é que essas normas representam muito mais que a constitucionalização de um ideal, sendo que a interpretação a ser conferida a essa classe de direitos deve ser no sentido de progressividade de exercício, conforme o montante dos recursos disponíveis.

Para Carlos Weis (2006, p. 48), “o que caracteriza a existência de um direito é exatamente a possibilidade de exercê-lo e exigí-lo judicialmente, se necessário for. Trata-se de distinção usual entre direito e moral”.

Precisas as palavras de Bandeira de Mello (1981, p. 57-58): “todas as normas constitucionais concernentes à justiça social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos”.

---

<sup>19</sup> Dispõe o artigo 2º-1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que: “Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio quanto pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos campos econômico e técnico, **até o máximo de seus recursos disponíveis**, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (grifo nosso).

Ao considerar a igualdade material como uma das finalidades do Estado de Direito (art. 3º, III, da Constituição Federal), o constituinte estabeleceu obrigações estatais que deverão ser satisfeitas progressivamente, sem interrupções ou retrocesso, de acordo com a capacitação técnica e de forma coordenada, até o limite dos recursos disponíveis, cumprindo metas previamente fixadas, sem prejudicar aquilo que se incorporou ao rol de direitos subjetivos dos cidadãos, ou seja, sempre implementando políticas públicas que eleve a proteção aos direitos fundamentais.

## **5 AÇÕES AFIRMATIVAS NO REGIME DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Contemporaneamente, sob proposições pós-positivistas, os direitos fundamentais transpassaram a vertigem axiológica, programática, carente de vigência, ingressando no campo da normatividade, integrando o sistema orientativo do Direito Positivo.

Inaugurada essa nova perspectiva, exsurge a necessidade de velar pela máxima efetividade das disposições normativas atinente aos direitos fundamentais, independentemente de seus fins, modalidade de exercício e titularidade, em nível de estrutura organizacional interna, devidamente delineada pela ordem jurídica vigente, com a construção e viabilidade democrática de sistemas e formas protetivas dos direitos fundamentais, constrangedoras às ações violadoras.

Nesse mister, imperiosa a positivação de preceitos assecuratórios limitadores das relações de poder em defesa dos direitos, constituindo garantias em sentido instrumental, dotadas de conteúdo positivo ou negativo, delimitando a atuação do Estado e dos entes a ele vinculados, inclusive as pessoas físicas no exercício de atividades tipicamente estatais, ou por delegação, bem como as relações de direito privado onde constitua, a autonomia de vontade, mera quimera, argumento retórico para a manutenção do estado segregacionista, formalmente protetor da liberdade de autodeterminação dos indivíduos, pressupondo a igualdade de ponto de partida.

Em suma, há um grande trabalho a realizar, não podemos cruzar os braços enquanto os aproveitadores engendram os monopólios e as intrigas cruéis, fazendo tábula rasa dos direitos fundamentais, sendo indispensável a essa nova perspectiva doutrinária, a estruturação de meios para a efetividade da inviolabilidade dos direitos fundamentais, refutando qualquer intromissão ilegítima na esfera de ação livre determinada ou proporcionada por essa modalidade de direitos.

Fixadas tais premissas, discorreremos mais detidamente a respeito do sistema protetivo mais completo e complexo, considerando a variedade de armas e munições colocadas à disposição dos titulares dos direitos fundamentais para a viabilidade jurídica da legítima defesa da esfera intangível normativamente assegurada, dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e globais.

Antonio Enrique Pérez Luño (1995, p. 65-104) idealizou os instrumentos decompondo-os analiticamente em três categorias, quais sejam, instrumentos normativos, processuais e institucionais de proteção aos direitos fundamentais. (Peña de Moraes, 2000, p. 42-54)

O instrumento normativo constitui limitação material ao poder constituinte derivado, condicionando-o quanto à procedência de alterações no texto constitucional originário, através dos poderes de emenda e revisão formalmente ostentados pelos poderes constituídos.

As limitações materiais salvaguardam ao alcance do poder reformador a desconstrução da ordem e identidade constitucional estabelecidas, ameaçadas por projetos que tenham por objeto a alteração da titularidade do poder constituinte, originário ou derivado, e modificação do processo de reforma à constituição, que são subliminarmente atentatórios aos direitos fundamentais, bem como as violações diretas e explícitas, expressas na possibilidade de *abolitio* ou restrição a direitos e garantias fundamentais, ou corruptivas à separação de poderes e sufrágio universal periódico. (Sampaio, 1995, p. 130)

Na perspectiva processual, a tutela desenvolve-se por intermédio dos remédios constitucionais, cuja imperiosa necessidade de previsão normativa funda-se no princípio da inafastabilidade jurisdicional, garantidor de provimento jurisdicional quando de lesões ou expectativa de lesões aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, tenham ou não caráter de fundamentalidade aos indivíduos, na medida em que, de uma ou outra forma, integram o patrimônio subjetivo.

Os remédios destinam-se, então, à proteção processual dos direitos fundamentais. São verdadeiras ações finalisticamente dirigidas a garantir ou fazer cessar condutas atentatórias desvinculadas de finalidade comum ou suprasubjetiva, também justificadas na senda filosófica utilitarista de Ronald Dworkin.

Têm efetividade subsidiária, na medida em que a legitimidade para seu manejo está condicionada à prévia intromissão ilegítima proporcionadora de afetação à esfera de titularidade formalmente ostentada pela (s) vítima (s) da ingerência.

Temos, a título de ilustração, como remédios no sistema constitucional brasileiro, as ações de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança,

mandado de injunção, ação popular, ação civil pública e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Os remédios, ontologicamente ações, exigem, enquanto tais, o exercício de atividade jurisdicional, a que se denomina de jurisdição constitucional das liberdades, enquanto a jurisdição constitucional orgânica restringe-se ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, encontrando como ponto de intersecção as hipóteses em que a inconstitucionalidade decorre da mesma violação aos direitos fundamentais.

Essa atividade jurisdicional desenvolve-se no plano processo-Constituição, e decorre, grosso modo, da supremacia e rigidez do texto constitucional. (Barroso, 1999, p. 158)

Como microsistema jurídico de superioridade hierárquica no Direito Positivo, limita, condiciona e fundamenta as atividades estatais, sejam ou não legislativas, e particulares, haja ou não relações de poder.

Aliás, da essência dos textos constitucionais, a limitação do Estado, internamente com a separação de poderes e no âmbito externo com a tipificação dos direitos humanos fundamentais, que hodiernamente são também concebidos como detentores de eficácia horizontal, já que os indivíduos, igualmente titulares de direitos fundamentais, podem estar tanto no pólo ativo como no pólo passivo dessas demandas, a despeito da autonomia de vontade liberal burguesa.

A rigidez, por sua vez, encerra normas jurídicas de categoria superior, ao exigir procedimento legislativo qualificado para sua legislatividade formal, não compreendido o fenômeno da mutação constitucional, consistente na alteração do sentido normativo sem alteração do texto. Cabe aqui a ressalva da dissociabilidade da rigidez e supremacia, já que, nas constituições flexíveis, existe a possibilidade de controle de constitucionalidade no tocante aos aspectos formais.

A jurisdição constitucional das liberdades é exercida por qualquer juízo ou tribunal, a despeito da necessidade de preenchimento de determinadas condições, conforme o órgão e a espécie de ação constitucional interposta. É atividade tipicamente jurisdicional, onde a proteção processual dos direitos fundamentais decorre de processo subjetivo, contraditório, desenvolvido entre autor e réu, normalmente litigioso, protetivo a direito subjetivo, cujo objeto reside na efetividade dos direitos fundamentais. (Miranda, 1996, p. 271-273)

Já no plano institucional de proteção, há constituição de um complexo de órgãos públicos institucionais, constituídos com o condão de assegurar, como os demais planos de proteção, a realização direta, imediata e integral dos direitos fundamentais.

Dentre esses órgãos, destacam-se o Poder Judiciário, como promotor do exercício da jurisdição constitucional, negando eficácia aos atos normativos inconstitucionais, onde se inserem também aqueles que violam os direitos fundamentais constitucionalmente positivados, e as condutas que, despidas de caráter normativo, eficazes apenas *inter partes*, ainda que uma delas seja o Estado, são flagrantemente violadoras do mínimo denominador comum civilizatório.

O Ministério Público e a Defensoria Pública exercem papel de relevante valor social, propiciando controle de atividade estatal, especialmente, preventiva e repressiva, interna e externa, o primeiro na defesa de interesses difusos, coletivos, e individual homogêneo ainda que disponíveis, assim como os individuais indisponíveis, enquanto a segunda promove a tutela dos interesses individuais e transindividuais dos hipossuficientes econômicos. (Peña de Moraes, 1997, p. 71)

No tocante ao tema do presente trabalho monográfico, apresentaremos divisão de instrumento normativo de proteção, que muito contribuirá para inserção das medidas de discriminação positiva no contexto de proteção aos direitos humanos, em especial os direitos de igualdade, verdadeiro instrumental da tutela.

O instrumento normativo convencionalmente vinculado à limitação material do poder constituinte derivado, constituiria tão somente uma limitação negativa, abstencionista à atuação dos poderes constituídos, verdadeiro *non facere*. Por outro lado, se desenvolveria instrumento de proteção normativo positivo, exigente de atuação concreta, direta e vinculativa dos poderes públicos, no sentido de acelerar o processo de asseguramento e comunhão dos direitos fundamentais, promovendo o efetivo acesso a esses direitos.

Nessa perspectiva, os instrumentos normativos positivos constituem um *facere*, já que, fundamentado nos princípios da unidade da constituição, máxima efetividade dos preceitos fundamentais, bem como nos princípios e valores constituintes da Magna Carta, interpretada em seu conjunto, impõe ao Estado Constitucional a positivação de preceitos normativos aptos a universalizar a vivência dos direitos fundamentais, proporcionando igualdade material entre os titulares.

Seja pela coerência interna, legitimidade democrática ou necessidade funcional do sistema político e econômico, a de se remover, no plano de proteção aos direitos fundamentais, as aspirações majoritárias e minoritárias, assegurando a eficácia dos instrumentos de proteção positivos, legitimamente constituídos como resultado dos embates dialéticos das forças representativas sociais. Num Estado Democrático de Direito, o primado da lei repousa na expressão do bem comum, no núcleo do mínimo existencial e conseqüente imediata orientação na defesa dos direitos fundamentais.

Responsabiliza o Estado à tarefa de proporcionar à generalidade dos cidadãos os bens e serviços indispensáveis ao desenvolvimento das personalidades, reconhecidos como liberdades tradicionais, e direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural, constituindo instrumento jurídico transformador da ordem econômica e social.

Destina-se, em suma, a assegurar a participação das pessoas no processo de uso, gozo e fruição dos direitos fundamentais, pluralidade de valores e opções sociais, estendendo o regime jurídico de proteção a todos os seres humanos.

## 6 CONCLUSÃO

I - Embora na sociedade primitiva houvesse critérios para divisão dos bens e utilidades da vida, o princípio da igualdade era extraído das condutas humanas sem qualquer tónus de formalização. Com o desenvolvimento filosófico, a igualdade passou a ser estudada pelos filósofos do Mundo Antigo, que buscavam atribuir-lhe sentido formal. A Igreja propagou a igualdade natural entre os homens, condenando o poder político e a escravidão.

O capitalismo, que sucedeu o feudalismo e o regime escravocrata, necessitou de um instrumento para sujeição dos trabalhadores à exploração de suas atividades econômicas, o que fora feito através do contrato de trabalho, fundado na idéia de paridade de partes e livre manifestação de vontades. A opressão daí decorrente produziu o que se chama de luta de classes, onde o último estamento buscava a concretização dos ideais filosóficos do Mundo Antigo, dentre eles a igualdade. O cristianismo, a Revolução Francesa, as declarações de direitos e o constitucionalismo sepultaram o ciclo de embates pela positivação da igualdade.

II - No Brasil, as segregações sempre foram juridicamente justificadas conforme a ideologia da desigualdade, mas o desenvolvimento de traços evolucionistas em nossas constituições revela um progressivo englobamento dos sujeitos de direito: fidalgos, cavaleiros e nobres; cidadãos; e seres humanos.

A igualdade passa a ser interpretada de forma a harmonizar o conteúdo normativo dos dispositivos constitucionais com as finalidades albergadas pelo constituinte, dentre elas, a eliminação das desigualdades sociais e do preconceito. A preocupação estatal não mais se limita à prescrição de direitos e garantias fundamentais, mas acima de tudo, garanti-los.

III - A Constituição busca regulamentação social, de modo que as relações privadas também lhe devem conformidade, em decorrência de sua rigidez e força normativa. As condições materiais mínimas de desenvolvimento são promovidas às expensas da autonomia privada.

IV - A evolução dogmática da interpretação principiológica transmutou a natureza dos princípios jurídicos, outorgando-lhes a condição de *lex* e não somente de *ratio legis*, superando definição estritamente ética, valorativa, inspirada no postulado da justiça natural, e a concepção positivista de força normativa

subsidiária e natureza programática, despidendo-os de dimensão objetiva concretizadora, onde tão somente o legislativo, como expressão da vontade geral, e não o aplicador do direito poderia efetivar ou materializar os princípios.

V - Princípios e regras são espécies do gênero normativo e compõem, conjuntamente, o sistema jurídico. Ambos servem à definição de competências estatais e direitos fundamentais.

Os princípios têm cunho normativo porque são extraídos das regras através de um procedimento de generalização sucessiva. Logo, a sua judicialidade decorre não da razão ou direito natural, mas de sua própria gênese: o ordenamento jurídico, sendo apenas declarados quando em estado de latência no ordenamento nas hipóteses em que não foram positivados, não sendo, portanto, superiores ou anteriores ao direito positivo, o que lhes confere eficácia horizontal e vertical, e igualmente se aplicam a solução de conflitos de interesses, mas com grau de generalidade superior.

Não existe hierarquia entre princípios e regras, pois a Constituição Federal é rígida e as cláusulas pétreas configuram apenas limitações ao poder constituinte derivado. A distinção não é de gênese, mas de estrutura e função.

A aceção de “tudo ou nada”, inerente às regras, é incompatível com a dimensão de valor, seja abstrata ou concretamente não se pode afirmar que duas regras igualmente válidas disputam incidência sobre a mesma hipótese, ao passo que, os princípios, ao menos concretamente, se apresentam de forma “hierárquica” na medida em que, para a aplicação de um deles seja determinante a supressão ou contração de outro, embora reconheçamos a dificuldade de estabelecimento de um parâmetro de predominância.

As regras constituem um consenso mínimo, os princípios, parâmetros.

Os princípios exercem as funções de integração, interpretação, normativa (quando aplicada diretamente ao litígio) e limitadora de eficácia (atua na aplicabilidade de outra disposição normativa).

As regras apresentam baixo grau de abstração e elevada determinabilidade, por isso conduzem o valor segurança jurídica, limitando a racionalidade judiciária principiológica.

VI - O princípio da igualdade apresenta natureza jurídica axiológica e deontológica. Ao conteúdo metafísico foi conferida mínima densidade normativa, o

que lhe impõe, além de limitações indiretas, principiológicas, limitações diretas, normativas.

A igualdade é uma relação, não tem critério material para juízo de valor. O indivíduo “a” é igual ao indivíduo “b”, tendo em vista determinada característica, por isso só adquire sentido jurídico ao se considerar o sujeito de direito como membro de determinado grupo.

VII - O princípio da igualdade apresenta conteúdo tetradimensional: a igualdade substancial, que decorre do próprio substrato humano, não constitui desigualdade a ser transposta, e vincula todos os poderes.

A igualdade material representa a igualdade de estrutura social, normatização de condições mínimas de desenvolvimento social, moral e intelectual. Atua à remoção de obstáculos que constituem limites à igualdade real entre os indivíduos, que são percebidos em função de suas necessidades particulares, especificando-se o sujeito de direito. Relaciona-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois há condições mínimas de existência que não podem ser objeto de intervenção estatal e ainda demandam prestações positivas.

A igualdade formal se biparte em igualdade na lei e igualdade perante a lei, sendo que a primeira diz respeito ao conteúdo da disposição normativa, por isso vincula somente a função legislativa. A segunda exige a aplicação concreta do dispositivo qualquer que seja seu conteúdo, vinculando a atividade de aplicação normativa.

VIII - As ações afirmativas constituem instrumento para promoção da igualdade material, pois implicam em favorecimento artificial a grupos inferiorizados, neutralizando fatores externos. Podem ser públicas ou privadas, compulsórias ou facultativas.

São sujeitos, aqueles que compõem grupos não dominantes ainda que numericamente representem a maioria da população, aqueles que não estão representados na proporção da parcela que ocupam na sociedade global, atenuada pela igualdade substancial. Podem ser pessoas físicas ou jurídicas, individual ou coletivamente consideradas.

As ações afirmativas podem ser distributivas ou compensatórias, conforme busque a promoção de maior diversidade social, distribuição de poder ou

riqueza, fortalecendo grupos circunstancialmente discriminados, ou atue contra discriminações negativas historicamente consolidadas.

Não exige o que denominamos de bilateralidade personalíssima, ou seja, que as vítimas individuadas da discriminação sejam amparadas pela medida, e que os preteridos socialmente em razão das políticas sejam autores da atitude segregaria, pois não tem caráter de pena.

IX - O regime jurídico de proteção aos direitos fundamentais compõe-se de instrumentos normativos, institucionais e processuais, sendo que o primeiro pode ser negativo, exigindo abstenção dos poderes constituídos em relação às alterações no texto constitucional originário, através de emenda e revisão, ou positivo, onde se insere as ações afirmativas, responsáveis por acelerar o processo de asseguramento, comunhão e universalização dos direitos fundamentais.

Na perspectiva processual, a tutela desenvolve-se por intermédio dos remédios constitucionais. No plano institucional, há constituição de um complexo de órgãos públicos para assegurar a realização direta, imediata e integral dos direitos fundamentais.

X - São pressupostos constitucionais das ações afirmativas, a correlação entre a desequiparação normativamente procedida e o fator de discriminação escolhido, e a consonância da discriminação com os interesses prestigiados pela Constituição Federal. A proporcionalidade incidirá na identificação do critério de discriminação positiva, e no juízo de abrangência da finalidade da discriminação no âmbito normativo constitucional. Também se incumbe da análise dos resultados práticos das medidas adotadas. A medida há de ser temporária, perdurar apenas até a instauração do equilíbrio social, não se destinando a mantê-lo.

XI - Eficácia é a aptidão formal para produção de efeitos jurídicos. Todas as normas constitucionais têm eficácia plena e dupla, uma para o passado, porque revoga as disposições que com ela não se conformam, e outra para o futuro, pois limita a atividade legislativa.

Aplicabilidade é a capacidade de a própria norma produzir efeitos jurídicos, é a qualidade da regra jurídica hábil a fazê-la incidir sobre determinado fato.

As normas que impõe abstenção têm aplicabilidade imediata, porque as condutas lesivas são passíveis de anulação sem onerosidade excessiva, embora a eficácia possa ser contida caso haja previsão legal de encurtamento do domínio normativo, ao passo que as normas que instituem prestações positivas têm na possibilidade material à satisfação da pretensão, limitação eficaz. Tem aplicação imediata apenas quanto ao núcleo essencial da dignidade humana, já que a respeitabilidade da condição de pessoa é *conditio sine qua non* para o exercício de todos os direitos. O que excede o mínimo vital se sujeita à reserva do possível.

As obrigações estatais destinadas a assegurar a igualdade material deverão ser satisfeitas progressivamente, sem interrupções ou retrocesso, de acordo com a capacitação técnica e de forma coordenada, até o limite dos recursos disponíveis, sempre implementando políticas públicas que elevem a proteção dos direitos fundamentais.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Martins de. **Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Cosntitucionales, 1993.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas.** 2 ed. São Paulo: RCS, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo.** São Paulo: RT, 1980.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços.** 18 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROS, Susana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIDART CAMPOS, Gérman J. **Teoria General de los Derechos Humanos**. México: U.N.A.M., 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e Liberdade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOFF, Leonardo. **Direitos Humanos, Direito dos Pobres**. 2 ed. São Paulo: Vozes, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A Isonomia em face dos art. 39 §1º, 135 e 241 da Constituição Federal**. Parecer, 1989.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 5 de outubro de 1988). 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2.076/AC – Relator Ministro Carlos Velloso, decisão: 15/08/2002. Informativo STF nº 277.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADIn 815/DF – Relator Ministro Moreira Alves, decisão: 28/03/1996, p. DJ 10/05/1996.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. (S.I.): Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Los Derechos em Serio**. Barcelona: Ariel Editora, 1997.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

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

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. 1 ed. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989.

HESSE, Konrad. **Significado de los derechos fundamentales**. In: BENDA, Ernst, et al. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2001.

JIMÉNEZ SERRANO, Pablo e BARLETTA JÚNIOR, Sidney J. **Teoria dos Direitos Humanos**. São Paulo: Julgar, 1998, p. 77.

KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Barcelona: Ariel, 1985.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução francesa da 2 edição alemã, por Ch. Einsenmann. Paris: Dalloz, 1962.

LAFFITTE, Paul. **Os Paradoxos da Igualdade**. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1953.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 9 ed. Madri: Tecnos, 2005.

\_\_\_\_\_. **Los Derechos Fundamentales**. 6 ed. Madri: Tecnos, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã**. In: **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

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

MIRANDA, JORGE. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. 1 ed. Coimbra Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional. – Direitos Fundamentais**. Coimbra: (Tomo IV), Coimbra Editora, 1993.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. **Assistência Jurídica, Defensoria Pública e o Acesso à Jurisdição no Estado Democrático de Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais. Conflitos & Soluções**. São Paulo: Labor Júris, 2000.

OMMATI, José Emílio Medauart. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981

RIBEIRO, Renato Janine. **A Sociedade contra o Social: O Alto Custo da Vida Pública no Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 2001.

\_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.

RIVERO, Jean. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 33, n<sup>o</sup> 131, pp. 283/295, jul./set. 1996.

\_\_\_\_\_. **Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: n. 15, 1996, p. 92.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. 3 ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direitos privados: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107.

SELL, Sandro César. **Ação Afirmativa e Democracia Racial. Uma Introdução ao Debate no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Recordi, 2001.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a Prestações Positivas e Igualdade**. São Paulo: LTr, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Desafio das Ações Afirmativas no Direito brasileiro**. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, nº 60, novembro de 2002.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. RDP 57-58/232-256. São Paulo: RT, janeiro-março de 1981.

TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da igualdade em perspectiva histórica**. São Paulo: Revista de Direito Administrativo, vol. 211, pp. 256/262, jan./mar. 1998.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direitos constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Humanos e relações jurídicas privadas**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Os Direitos Humanos e a Tributação – (vol. III). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Vol. I)**. 1 ed. Porto Alegre: Fabris, 1997.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. **Igualdade e Poder Econômico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

WUCHER, Gabi. **Minorias. Proteção Internacional em Prol da Democracia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.