

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Thais Silva NOVAIS<sup>1</sup>

Wilton Boigues Corbalan TEBAR<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo conceituar as ações afirmativas, discorrendo sobre sua evolução sob a ótica dos direitos fundamentais, e assim, demonstrar sua importância à luz da Constituição Federal de 1988. Norteou-se em definir as gerações dos direitos fundamentais, para que chegassem as considerações sobre a evolução das ações afirmativas.

**Palavras-chave:** Ações afirmativas. Direitos fundamentais. Igualdade. Liberdade. Fraternidade. Direitos humanos. Constituição.

### 1 INTRODUÇÃO

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas.

O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

O presente artigo tem por objetivo elucidar que as ações afirmativas

---

<sup>1</sup> Discente do 7º termo B do Curso de Direito do CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO PRESIDENTE PRUDENTE.

<sup>2</sup> Advogado. Aluno Especial da Universidade do Largo do São Francisco da Faculdade de Direito do Estado de São Paulo Professor de Civil e Processo Civil do CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Pós graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo mesmo Centro. Pós graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderpe/MS. Graduado em Direito pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Foi 1º (primeiro) colocado no concurso de estagiários da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Presidente Prudente no ano de 2009. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: “**Brasil e os Tratados Internacionais: Alusão às regras de Direito Internacional e de Direito Interno**” no Encontro Toledo de Iniciação Científica de Presidente Prudente no ano de 2011. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: “**Análise Constitucional das Decisões Equivocada do Supremo Tribunal Federal acerca da Aplicação das Normas Introduzidas pelas Emendas Constitucionais 32/2001 e 42/2003**” no VIII Encontro de Iniciação Científica da Toledo de PP (2012).

ganham espaço ao longo do tempo, em que o Estado passa a ter um papel ativo nas relações humanas, a fim de promover igualdade de oportunidades sociais.

E embora não conste expressamente na Constituição Federal a possibilidade das ações afirmativas, há respaldo para que estas políticas públicas sejam desenvolvidas pelo Estado.

Nesse sentido no segundo capítulo abordaram-se os direitos fundamentais de primeira geração, definindo seu conceito e característica.

O terceiro capítulo versou sobre a segunda geração de direitos fundamentais, definindo suas características, conceito e seu surgimento.

O quarto capítulo examinou a questão dos direitos fundamentais de terceira geração, definindo suas características, o conceito e surgimento.

No quinto capítulo discutiu-se sobre a existência dos direitos fundamentais de quarta geração.

No sexto capítulo abordou-se sobre a evolução histórica das ações afirmativas e sua existência ou não dentro das quatro gerações de direitos fundamentais.

No sétimo capítulo verificou-se a influência da Constituição Federal nas ações afirmativas.

O trabalho utilizou-se do método dialético e dedutivo. Dialético, pois revisitou o tema das ações afirmativas sob a ótica dos direitos fundamentais estabelecendo como premissa de que estas ações são manifestações destes direitos. O método dedutivo foi responsável por desvendar quais seriam algumas hipóteses de manifestação destas ações afirmativas corroborando sua natureza de direito fundamental.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA GERAÇÃO**

Os direitos fundamentais classificados como de primeira geração são os direitos individuais tradicionais que consistem em liberdades. São todos aqueles

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

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

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

Como já dito, têm por titular o indivíduo, sendo considerados de resistência ou de oposição ao Estado, são chamados de direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.

Fundamenta Paulo Bonavides (2011, p.524) sobre o assunto:

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

Nota-se que os direitos de primeira dimensão representam um meio de defesa contra os abusos praticados pelo Estado, até então dominante, limitando os poderes deste em favor da esfera de liberdade do indivíduo<sup>3</sup>.

Assim, as liberdades conquistadas consolidam os direitos humanos de primeira geração.

---

<sup>3</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Direito constitucional descomplicado. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 102

### **3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO**

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

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

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

Esses direitos são sociais, culturais e econômicos. Surgem já no século XX e têm grande repercussão após o término da Segunda Guerra Mundial.

Esse conjunto de direitos preocupa-se em conquistar uma igualdade de todos perante a lei. O Estado passa a intervir de forma a garantir o bem-estar social.

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

Corroborando a definição dos direitos fundamentais de segunda geração e a atuação do Estado, Araújo e Nunes Júnior (2005, p. 116) esclarecem que:

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

Também são chamados “direitos de crença”, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado. Constituem os direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, os econômicos e os culturais, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva.

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

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

## **4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO**

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

Conforme Bonavides (2011, p. 569) precisamente define:

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

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

São chamados de direitos transindividuais, isto é, direitos que são de

várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. A titularidade do direito de terceira geração é coletiva, abrangendo todos os seres humanos existentes no globo terrestre, ao mesmo tempo.

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

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

## **5 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA GERAÇÃO**

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

Bonavides (2011, p. 561) assim descreveu esta geração:

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

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

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

## 6 EVOLUÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Devido as constantes mudanças dos direitos fundamentais ao longo do tempo, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, surgiram novos direitos e com eles a necessidade do Estado agir, deixando sua posição inerte em relação às situações de exclusão evidentes na sociedade e atuando em busca da concretização da igualdade já positivada constitucionalmente.

Grinover (2008, p. 10) retrata essa transição:

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

Fica claro que nos direitos de primeira geração, em que se concentra o direito de liberdade, o Estado tinha o dever de abstenção, onde ainda não havia a ideia de política pública em favor da massa desfavorecida.

É através dos direitos de segunda geração que nasce a ideia de intervenção do Estado como forma de concretização da igualdade, pois, junto dessa mudança surgiram direitos sociais, tais como educação, trabalho e saúde. Objetivando o bem estar social, momento em que houve a mudança do agir estatal, pois, este começou a atuar frente a sociedade.

Como corrobora Sarmiento (2003, p. 57):

Busca-se por agora, por meio de um intervencionismo estatal na ordem econômica e social, a concretização de direitos sociais, denominados direitos de segunda geração, com a tutela fundamental voltada para a dignidade da pessoa humana.

O princípio de igualdade surge com o intuito de dar um novo sentido ao princípio, deixando de lado a ideia do princípio formal da igualdade em que todos são iguais perante a lei, para trazer a ideia de que essa igualdade é material.

Aduz Aristóteles (2001, p. 109) que “se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais”, sendo assim, o conceito de igualdade perante a lei evoluiu, pois a massa menos favorecida passa a ter tratamento diferenciado para que assim seja alcançada a isonomia desejada.

Assim, surge a ideia de que os iguais deverão ser tratados de forma igual e os desiguais serão tratados de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

Sobre a evolução leciona Madrugá (2005, p. 44) que:

De início, com sustentáculo no princípio da igualdade perante a lei, parte-se da premissa filosófico-liberal de que os homens nascem livres e iguais em direitos, sendo a lei aplicada de maneira uniforme e para todos; após, com o surgimento e a expansão dos direitos sociais fundamentais, direitos de segunda geração na busca da concretização da igualdade material, com o binômio indivíduo versus Estado, esse mesmo Estado agora de um prisma social-democrático, em que se distingue a nação de discriminação positiva.

Portanto, para que se possa alcançar a cidadania é necessário extrair o princípio da igualdade material como dispõe o texto constitucional.

Nesse sentido da concretização do princípio da igualdade material, originam-se as ações afirmativas, medidas que visam intervir nas relações sociais para que de certo modo dê acesso a certo grupo social acesso a bens jurídicos inacessíveis ou de difícil acesso, surgindo como instrumento de reparação por conta do histórico de desigualdade.

Consideram-se legal por parte do Estado esse tratamento diferente, a fim de favorecer uma minoria, desde que, exista um motivo aceitável para tanto.

Salienta Sell (2002, p.9) que:

A ação afirmativa pode ser entendida como um conjunto de estratégias políticas, cuja finalidade é, em última análise, promover a igualdade de oportunidades sociais, mediante um tratamento preferencial daqueles que historicamente tem sido os perdedores na



disputa pelos bens escassos de nossa sociedade (empregos, vagas em universidades, participação política, etc.). Também pode ser definida como políticas de discriminação “positiva” dispensada aos seguimentos populacionais que devida ao preconceito que sofrem, encontram-se posição de desvantagem na disputa pelas oportunidades sociais.

Assim sendo, fica elucidado que essas políticas públicas visam promover a igualdade social dando um tratamento diferenciado para certas classes a fim de promover a igualdade. Isso ocorre, devido a desigualdade sofrida ao longo do tempo.

Insta salientar ainda que, foi com o surgimento de mecanismos estatais para a concretização da igualdade material, que surgiu as ações afirmativas nos Estados Unidos, com o objetivo inicial de combater a discriminação racial em razão de a população negra ter difícil acesso aos bens jurídicos fundamentais em que posteriormente foi explanado a outras parcelas minoritárias.

A princípio essas ações afirmativas foram desenvolvidas como meio voluntário de inclusão, mas tornou-se infrutífera, sendo assim, os Estados Unidos fora obrigado a instituir cotas como forma coercitiva de inclusão.

Nesse diapasão, afirma Santos (2007, p. 16) que:

Por sua vez, as ações afirmativas desenvolveram-se tanto no ordenamento dos Estados Unidos como no de outros países, fortalecendo-se com a atual concepção do Estado Social Democrático de Direito onde se busca além do aspecto material da dignidade do homem, a participação deste nas decisões pertinentes à sociedade.

Portanto, as ações positivas estão elencadas como sendo um dos mais importantes instrumentos do Direito Constitucional, já que visa suprir as desigualdades existentes na sociedade.

Como já fora exposto, essas políticas públicas surgiram nos Estados Unidos, mas devido a sua evolução passa a ter um conceito mais amplo atualmente. Conceito este que se baseia em um agrupamento das políticas públicas e privadas que visam a concessão de maiores oportunidades aos grupos minoritários que vivem em desfavorecimento social.

## **7 A INFLUÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS**

A Constituição Federal de 1988 aduz princípios que amparam as discriminações positivas, considerando, ainda, alguns exemplos que asseguram a formação de políticas afirmativas, sem, todavia, permiti-las expressamente.

Vários artigos da Constituição trazem referências essenciais a serem alcançadas pelo Estado Democrático de Direito, como prevê o constituinte em seu artigo 3º da CF/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esse artigo retrata satisfatória proteção de uma ação afirmativa, especialmente em seu inciso IV, que é o ponto de ligação entre o artigo e instituto, uma vez que, objetiva promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, isto é, não basta somente abster-se na discriminação, é necessário ter uma postura positiva do Estado no sentido de modificar uma realidade desigual.

Visto que, ao usar os verbos construir, garantir, erradicar e promover demonstra um caráter intervencionista, ou seja, esses propósitos delineados no artigo 3º da Constituição são procedimentos que autorizam o Estado a ter um comportamento ativo no combate a desigualdade e o preconceito.

Pode-se afirmar ainda, que a Carta Magna em seu artigo 5º, caput, ampara o princípio da igualdade formal, assegurando que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, contudo, prevê artigos com a

necessidade de tratamento diferenciado para os desiguais, e privilegiar alguns indivíduos, com o intuito de alcançar a igualdade material, observando o princípio da isonomia.

Essas previsões estão elencadas na Constituição Federal, como por exemplo, o artigo 5º, inciso LXXIV, que prevê assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, em que se caracteriza um meio de acesso a justiça aos desfavorecidos economicamente.

Há ainda o artigo 7º, inciso XX, que trata da proteção no mercado da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, é uma medida que se utiliza do critério sexual para beneficiar um grupo que se encontra em situação de desvantagem, em que basta analisar o nível de desigualdade salarial da mulher e do homem em uma mesma função.

Podemos citar ainda a proteção aos deficientes físicos em que a constituição prevê claramente em seu artigo 37, inciso VIII, a reserva percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência.

Outro exemplo está previsto na Constituição em seu artigo 215, §1º em que há a proteção do Estado em relação a etnia e raça, prevendo que protegerá as manifestações culturais indígenas e afro-brasileiras, expressamente, devido a desvantagem histórica desses grupos.

Encontra-se ainda elencado o artigo 195, § 9º, que prevê no inciso I, que dependendo da condição do contribuinte, irá variar a alíquota, dando incentivo ao determinado setor, sendo assim, uma medida de extremo caráter ação afirmativa.

Considerando que a constituição atua no sentido de concretizar o princípio da igualdade material, como meio de tornar as relações sociais mais justas, se faz necessárias essas desequiparações.

Sendo assim, o constituinte concede a possibilidade de adoção ações afirmativas, tendo em vista, as normas de caráter afirmativo que facilitam a elaboração de dessas politicas publicas no Brasil, mas sendo como um meio alternativo disponível ao poder público.

## **7 CONCLUSÃO**

Buscando examinar os direitos fundamentais e suas gerações, na medida em que evoluíram, houve a necessidade de intervenção do Estado, pois nas conquistas dos direitos humanos, surge o direito fundamental a igualdade, sendo assim, para que esse direito possa ser concretizado é necessária uma atuação de forma ativa do Estado nas relações humanas.

Fez-se necessária adoção de políticas públicas para promover a igualdade material, em que as ações afirmativas estão ligadas, pois estão aptas a promover a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda fora exposto que, nossa Constituição prevê a igualdade formal e material, pois existe artigo dizendo que todos são iguais perante a lei, assim como outros determinando o tratamento desigual amparado pelo Estado.

Considerando o objetivo das ações afirmativas, estas se mostram coerente com o texto constitucional vigente, consistindo em para ver concretizada a igualdade.

Desta forma, conclui-se que, as ações afirmativas são compatíveis com nosso ordenamento jurídico, mesmo sem permissão expressa, sendo meio alternativo do poder público, pois procura reduzir a desigualdade, objetivo abarcado pela Constituição Federal.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. De Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil. Brasília. DF, Senado, 2014.

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

GRINOVER. Ada Pelegrini. O controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 164, out. 2008.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília Jurídica, 2005.

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

SANTOS, Antonio Carlos Costa. **Cotas para negros na universidade (Uma análise da constitucionalidade em confronto com o princípio da igualdade recepcionado pela Constituição Federal de 1988)**. Revista de informação legislativa. Brasília, v. 48, n. 173.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Feral**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

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