



8º Congresso de Pós-Graduação

DIREITO A AÇÕES ESTATAIS POSITIVAS

Autor(es)

ALVARO LUIZ PALACIOS TORRES

Orientador(es)

RICHARD PAE KIM

1. Introdução

As Ações Afirmativas pressupõem um conjunto de fatores conjugados, tais como a existência de uma Constituição Dirigente e da consagração do princípio da igualdade no ordenamento jurídico.

No Brasil, há fundamento constitucional para a adoção de ações afirmativas, sendo que já há previsão em atos normativos infra-constitucionais. No Direito Comparado, há discussão sobre o âmbito e o limite de adoção de tais medidas.

Logicamente, os abusos devem ser coibidos e se sugere a solução a partir da idealização de que se trata de conflitos entre direitos fundamentais. Quer-se dizer que, quanto às ações afirmativas, sempre se estará diante do princípio da igualdade e outro princípio colidente no caso concreto.

2. Objetivos

Trata-se da discussão acerca do fundamento constitucional do direito à ações estatais positivas e de seus desdobramentos, tais como a tutela jurisdicional e o enfoque atual no direito comparado.

Especificamente, são discutidos: o amparo constitucional, as previsões expressas na Constituição Federal de 1988, o fundamento principiológico, o enquadramento na Teoria dos Direitos Fundamentais, o conflito com outros direitos fundamentais, proposta de solução para o caso concreto, o exercício do direito, etc.

Objetiva-se chegar a uma conclusão jurídica, sem destoar do conceito social, especialmente no que pertine às chamadas COTAS.

Finalmente, visa-se colocar o princípio da igualdade como expressão máxima do conceito comum de JUSTIÇA.

3. Desenvolvimento

PREMISSAS TEÓRICO- CONCEITUAIS

1.1. Constituição Analítica e Dirigente.

Constituição Analítica, na concepção tradicional, é a Constituição Federal extensa, detalhada, em oposição ao que se chamou de Constituição Sintética. No entanto, para além desta conceituação tradicional, analítica seria a Constituição que impõe um programa, uma direção permanente, a ser perseguido pelo Estado e, também, estabelece os fundamentos políticos e jurídicos para atingir seu desiderato.

1.3. Princípio da igualdade:

Partindo-se da ideia de que as ações afirmativas visam combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado, conclui-se seu íntimo vínculo com o princípio da igualdade.

Sobre este princípio, mister observar que a CF/88 previu tanto a igualdade material (art. 3º - desigualdade de fato) quanto formal (art. 5º - isonomia). Portanto, tal princípio deve ser considerado em dois aspectos: o da igualdade na lei, a qual é destinada ao legislador, ou ao próprio Executivo, que, na elaboração das leis, atos normativos, e medidas provisórias, não poderão fazer nenhuma discriminação. E o da igualdade perante a lei, que se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação.

Historicamente, este princípio deixou de ser previsto em incisos e parágrafos que tratavam dos direitos fundamentais reconhecidos e assegurados, para constar do caput do art. 5º. Portanto: há importância do princípio na estruturação do sistema jurídico fundamental inaugurado pela CF/88.

AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 Noções e conceitos do Instituto

Na doutrina, em apertada síntese, encontramos a noção de que as ações afirmativas se referem às tentativas de trazer membros de grupos sub-representados, normalmente grupos que sofreram discriminação, a um grau mais alto de participação em algum programa de benefício. Partilham desta noção: Kent Greenawalt, Laurence H. Tribe, Michel Rosenfeld, Claire Sherman Thomas, etc.

No que diz respeito à jurisprudência, apenas encontrou-se o conceito da Suprema Corte do Canadá, segundo a qual as ações afirmativas seriam os 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, são denominados programas de ações afirmativas. Suprema Corte do Canadá.

Conjugando as noções e o conceito acima, pode-se concluir que ações afirmativas são ações estatais especiais (não-gerais), temporárias (incidentais), e compulsórias (determinadas pela Constituição Federal, ainda que implicitamente), com o objetivo de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização de grupos, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros.

2.2. Natureza e distinções

Quanto ao aspecto jurídico, partindo-se da natureza histórico-coletiva, pode-se afirmar que as ações afirmativas possuem natureza jurídico-processual coletivas, eis que dizem respeito a direitos de um grupo determinado. Depreende-se que não pode haver uma demanda individual buscando ressarcimento por danos causados pela discriminação.

No que toca ao aspecto social, as ações afirmativas se constituem de verdadeira justiça distributiva não-compensatória, na medida que visam a efetividade da igualdade histórico-social.

Conclui-se que a tutela jurídica que mais se aproxima do aspecto finalístico-social se encontra na declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade da medida discriminante, o que, eventualmente, pode trazer benefício para sujeitos individuais.

a. Diferenciações

Apesar da tradução literal do termo não ser precisa, por sugerir uma certa redundância, esta será mantida, uma vez que vem sendo adotada no Brasil, tanto em estudos doutrinários como em textos legais (Decreto Federal 1.094/96).

Portanto, os termos “ações estatais positivas” e “ações afirmativas” são diferentes.

As “ações estatais positivas” são um instrumento do qual o Estado dispõe para realizar a igualdade substancial entre os seus membros, não sendo jamais concebido como algo perene pois, o que se pretende com o seu implemento é tão-somente promover o pluralismo social de tão forma que, no futuro, as ações afirmativas tornem-se desnecessárias.

As “ações afirmativas” Estas seriam a adoção, pelo Estado, de políticas públicas para implementar medidas que visam assegurar um maior equilíbrio social, através da imposição ou incentivos de determinados comportamentos por particulares ou instituições públicas, podendo ou não haver uma contrapartida como, por exemplo, a redução de impostos.

Ademais de alguns diplomas ainda utilizarem a aceção “ação positiva” (art. 5º da Diretiva 2.000/43/CE, do Conselho da União Européia), tomaremos a aceção “ações afirmativas”.

É importante notar que as ações afirmativas não se confundem com a discriminação positiva. As primeiras são ações de incentivo e suporte para os grupos de pessoas a que se destinam, tais como a criação de cursinhos pré-vestibulares para afro-descendentes e pessoas oriundas de escolas públicas, ou a criação de horários de reuniões (em partidos políticos, sindicatos, etc.) que permitam a participação de mulheres com filhos.

A discriminação positiva introduz na norma o tratamento desigual dos formalmente iguais, citando-se como exemplo a reserva de vagas de cargos públicos para deficientes físicos determinada pela Constituição Brasileira de 1988, ou ainda a reserva de uma determinada quantidade de vagas nas universidades públicas para alunos afro-descendentes ou da rede pública.

Alguns doutrinadores do Direito consideram que tais medidas nada mais são do que a implementação da igualdade material.

Diferencia-se o instituto de um direito das minorias, eis que as desigualdades sociais que são combatidas por meio dela não estão obrigatoriamente relacionadas à situação numericamente desvantajosa do grupo favorecido.

3. HISTÓRICO

A ação afirmativa surgiu nos Estados Unidos, sendo o Presidente JFK o primeiro a utilizar a expressão em um texto oficial, em 1961, ao propor medidas que tinham por objetivo ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Seu sucessor, Lyndon B. Johnson, tratou de dar ao termo um sentido mais próximo daquele que veio a ser posteriormente consagrado no meio jurídico.

No final do século XIX, começou a surgir movimentos sociais e, com eles, novas concepções filosóficas e econômicas. Karl Marx foi um dos maiores críticos do sistema então vigente, diagnosticando a concentração de renda que estava sendo gerada pelo processo de industrialização, fazendo com que cada vez mais o excedente do tempo de trabalho dos operários fosse apropriado pelos donos dos fatores de produção.

Nas palavras da Professora Titular do Departamento de Economia da USP⁴:

“O capitalismo atomizado e concorrencial do início do século XIX cederá lugar a um capitalismo molecular ou de grandes concentrações econômicas, de forte tendência monopolística; o Estado abandonará sua passividade de simples guardião da ordem para interferir, cada vez mais, no campo econômico...”

Assim, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, calcados nos ideais sociais das Constituições do México, 1.917, e Weimar, 1.919, demonstrando uma preocupação para que o Estado, sim, interfira positivamente na sociedade, justamente nos âmbitos econômico, social e cultural. Veja-se: aqui, já falamos de ações positivas do Estado na sociedade.

Sobre o assunto: “...estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida esta num sentido material”⁵.

Nessa quadra, o Estado passa a ter uma participação ativa na sociedade. Na história do século XX, passamos a conviver com o Welfare state, Estado de bem-estar social. Progressivamente, mais recursos públicos são destinados a gastos sociais, como saúde, educação e previdência social. O Estado passa a ser devedor de prestações positivas da sociedade, como nos ensina Alexy:

“Para el problema de los derechos subjetivos a prestaciones tienen importancia, sobre todo, las decisiones en las que no solo se habla – como suele suceder – de obligaciones objetivas Del Estado, sino que, además, se analizan derechos subjetivos a acciones positivas”⁶

4. AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

A ação afirmativa é normalmente associada à fixação de quotas, ou seja, ao estabelecimento de um número preciso de lugares ou da reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado.

Outros usos:

- oferta de treinamento específico para membros de certo grupo;
- reformulação de políticas de contratação e promoção e empregados

a. Implementação apenas por Órgãos Oficiais?

Existem ainda ações afirmativas que são desenvolvidas fora do Estado por instituições da sociedade civil com autonomia suficiente para decidir a respeito de seus procedimentos internos, tais como partidos políticos, sindicatos, centrais sindicais, escolas, igrejas, instituições privadas etc. As ações afirmativas, neste sentido podem ser temporárias ou não, dependendo das normas que as criaram. Frise-se que as ações afirmativas não devem ser concebidas como remédio ou uma solução judicial, como se elas fossem tão somente o reflexo direto de decisões judiciais.

b. Controle Judicial

As ações afirmativas estão lastreadas na CF, por isso, parece-me que o controle de sua constitucionalidade se circunscreve aos limites jurídicos-normativos. Ou seja: o controle judicial se orienta pela razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, a apreciação da constitucionalidade do desvio e do excesso de ações afirmativas deve ser feita caso a caso e levar em consideração a supervalorização do princípio da igualdade na CF/88. Teríamos uma inconstitucionalidade direta.

Igualmente, me parece, que o controle judicial ha de ser feito no caso de omissão, eis que se trataria da feitura de políticas públicas e atos legislativos. Teríamos uma inconstitucionalidade por omissão.

Tratando-se de inconstitucionalidades pela falta de observância de preceito da CF/88, o instrumento adequado seria a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Infelizmente, a suscitação de descumprimento da CF/88 se circunscreveria a apenas alguns legitimados, quais sejam: art. 2, inciso II, da Lei 9.882/99.

O controle, faceta do limite, deve ser baseado:

- fator de diferenciação eleito pelo texto normativo: raça, cor, sexo, etc;
- análise entre fd e as disparidades adotadas, sem ignorar os interesses privilegiados na CF/88;
- considerar a finalidade da norma, a razoabilidade e a proporcionalidade

c. Previsões normativas

A ação afirmativa foi implementada em vários pontos do país, mas como medidas isoladas, e não como políticas ou programas de maior alcance, estruturados e integrados.

São exemplos expressos na CF/88:

- Art. 37, VIII: reserva de mercado para os portadores de deficiência;

- Art. 7º, XX: proteção do mercado de trabalho da mulher;
 - Art. 170, IX: favorecimento às empresas brasileiras.
- São exemplos expressos na legislação infra-constitucional:
- art. 354 CLT: reserva de vagas para trabalhadores brasileiros;
 - Lei 5.465/68: "Lei do Boi"
 - CDC
 - Lei 8.666/93, art. 24, XX: dispensa de licitação na contratação de associação de portadores de deficiência física;

4. Resultado e Discussão

Não resta qualquer dúvida acerca da possibilidade de adoção das chamadas "cotas", eis que bem delimitada sua previsão constitucional e principiológica. Tecnicamente, estaremos diante do princípio de igualdade, especialmente quando visto sob o enfoque da consolidação do ideal básico e certo da JUSTIÇA.

Juridicamente possíveis, resta uma proposta de configuração do direito material que viabilize uma tutela jurídica eficaz e acessível por todos.

Ainda que passível de discussão quanto à eficiência socio-histórica, não nos parece crível que o princípio da igualdade sofra reduções na sua aplicabilidade ou ceda a posição jurídica para outro princípio. Resta, portanto, dirimir o conflito de princípios que instala na sede da aplicação das "cotas".

5. Considerações Finais

Uma proposta eficiente de ponderação dos princípios e regras (oriundas de princípios) parece ser a melhor proposta de solução para o conflito entre a igualdade (expressão máxima da JUSTIÇA) e outros princípios.

Não há dúvida quando o fundamento constitucional, principiológico e doutrinário do instituto das "cotas". Inclusive, a adoção normativa já é amplamente aceita e adotada para as inúmeras áreas sociais, tais como a reserva de mercado para as mulheres, a cota de deficientes nos concursos públicos, etc.

O uso social ou político não pode se confundir com a possibilidade jurídica de adoção do instituto.

Referências Bibliográficas

BRANDÃO, Carlos da Fonseca, As cotas na universidade pública brasileira, ed. Autores Associados.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

VITORINO, Alexandre Silva, Direitos a Prestações Positivas e Igualdade, ed. LTR.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em . Acesso em 10.02.2007.