



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO**

**DIREITOS HUMANOS E AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA CONDUTAS
DISCRIMINATÓRIAS: um instrumento para assegurar a igualdade de direitos**

**Alana Karenine Dantas Rocha
Orientador: Lurdes Santos Garcia**

Aracaju

2015

ALANA KARENINE DANTAS ROCHA

**DIREITOS HUMANOS E AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA CONDUTAS
DISCRIMINATÓRIAS: um instrumento para assegurar a igualdade de direitos**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Orientador Universidade Tiradentes

Professor Examinador Universidade Tiradentes

Professor Examinador Universidade Tiradentes

DIREITOS HUMANOS E AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA CONDUTAS DISCRIMINATÓRIAS: um instrumento para assegurar a igualdade de direitos

Alana Karenine Dantas Rocha¹

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é reafirmar a importância do princípio da igualdade como direito fundamental por meio da implementação de ações afirmativas, analisando as principais medidas adotadas para a busca de igualdade de direitos pelos grupos vulneráveis e sua efetividade, de modo que é crescente e alarmante a ocorrência de ações de cunho discriminatório, ofensivo e desigual aos quais determinados grupos veem sofrendo e vivendo, por consequência, às margens da sociedade. Visa, ainda, demonstrar que as ações afirmativas, ou discriminação lícita, têm amparo na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988 sob a justificativa de dar tratamento desigual para os casos desiguais, na medida em que se desiguam. Sintetizar, por fim, a relevância do tratamento isonômico na promoção dos Direitos Humanos pelos grupos afetados por ações discriminatórias, a fim de mitigar esses atos, uma vez que se faz necessário manter e criar meios para combater toda e qualquer desigualdade ou discriminação, por se tratar do próprio conceito de justiça e, além disso, consistir em ofensa direta à Carta Magna. Portanto, apenas com a busca pela igualdade de fato e de direito um país pode prosperar, sendo as ações afirmativas uma ferramenta de extrema relevância para tanto.

Palavras-chave: ações afirmativas – condutas discriminatórias – igualdade – minorias – direitos humanos

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT: alana_karenine@hotmail.com

O presente estudo tem como objetivo central analisar as principais medidas adotadas pelos órgãos competentes na busca pela igualdade de fato e de direito, em toda a sua extensão, para a promoção dos Direitos Humanos. Bem como a demanda por explicações no que tange a eficácia das ações afirmativas para combater condutas discriminatórias contra grupo vulneráveis. Além disso, visa demonstrar o amparo legal que tal medida recebe por parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Constituição Federal do Brasil de 1988, tornando o Estado responsável quanto a ser garantidor a estes direitos, devendo proporcionar à população um mínimo de dignidade.

Uma vez crescente e notoriamente alarmante a situação de ações de cunho discriminatório, ofensivo e desigual que diariamente afeta milhares de pessoas, de diferentes classes sociais, diferentes credos, raça, cor, sexo, onde acaba marginalizando-os da sociedade, o que máxime fere o objetivo fundamental do país na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pois fere intimamente o direito fundamental e imprescindível para a garantia da dignidade do indivíduo, este ensaio se faz pertinente e de contribuição efetiva para o debate acerca do exposto e na coerente busca pela igualdade de fato e de direito.

Diante dessa necessidade de criação de ações afirmativas que visem à inclusão social de grupos desfavorecidos, com vistas a reduzir as discriminações e desigualdade de forma efetiva, eficiente e legal, é que se verifica a implementação do direito à igualdade, de forma a assegurar uma maior aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais. E isso foi viabilizado a partir de incansáveis lutas políticas e sociais que proporcionaram a conquista de direitos iguais por meio das ações afirmativas, contudo, é certo que a busca por tal objetivo ainda parece distante diante dos constantes casos de discriminação.

A partir da utilização do método indutivo em todas as fases do presente estudo e através da técnica do referente e da pesquisa bibliográfica, procurar-se-á demonstrar de forma abrangente e fundamentada como ações afirmativas asseguram a igualdade de direitos contra condutas discriminatórias e desigualdades presentes na sociedade.

2 CONCEPÇÃO DE IGUALDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Organização das Nações Unidas - ONU aprovou no ano de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos que preceitua em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, assim como também dispõe a Carta Magna brasileira em seu artigo 5º, *caput*, no qual faz parte do Capítulo I que se refere aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, que “todos são iguais perante a lei”, constituindo, desta feita, a igualdade como item imprescindível para a dignidade da pessoa humana.

A igualdade jurídica é algo perceptível, pois se faz presente em quase sua totalidade em regras e normas jurídicas que trazem em seus textos o caráter e o objetivo isonômico da igualdade. Nesse sentido, a igualdade pronunciada pela lei é denominada de igualdade formal. No plano fático a efetivação da igualdade não tem sofrido os efeitos proclamados no plano jurídico, aumentando assim a necessidade de mecanismos para a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária. A essa igualdade desejada denomina-se de igualdade material.

Para melhor distinção entre essas duas modalidades e seus efeitos, Silva sintetizou:

Na história do Estado de Direito, duas noções de princípio da igualdade têm sido recorrentes nos textos constitucionais. De um lado, na acepção de igualdade formal, fala-se na necessidade de vedar ao Estado toda sorte de tratamento discriminatório negativo, ou seja, de proibir todos os atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público que visem à privação do gozo das liberdades públicas fundamentais do indivíduo com base em critérios suspeitos tais como a raça, a religião ou a classe social. De outro, sustenta-se que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade material de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural. Note-se que o segundo conceito de igualdade absorve e amplia o primeiro, pois igualdade formal e igualdade material são manifestações do princípio da isonomia em duas gerações sucessivas de direitos fundamentais. Para ser mais explícito, o princípio da igualdade material não só veda o tratamento discriminatório, como também preconiza a implementação de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato. A diferença está basicamente na postura do Estado em relação à igualdade, 328 Ações afirmativas: inclusão social das minorias Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar, v. 9, n. 2, jul./dez.,2006 pois, enquanto o Estado Liberal se contenta em não produzir institucionalmente a desequiparação, o Estado Social, berço da Segunda geração, arroga para si a missão de produzir a equalização como compromisso constitucional. (2006, p.328)

A afirmação dessa igualdade inerente ao ser humano não corresponde a igualdade física, intelectual ou psicológica, pois que, cada pessoa humana é dotada de individualidade e personalidade próprias. Assim como os grupos sociais têm sua cultura, resultado de condições naturais e sociais no meio em que vivem, alternando da região habitada, costumes e relações sociais da qual fazem parte.

Desse modo, sendo as pessoas diferentes em condições físicas, intelectuais ou mesmo sociais, elas continuam iguais como seres humanos, tendo as mesmas necessidades e faculdades essenciais, portando direitos igualmente. Daí decorre a existência de direitos fundamentais, sendo estes iguais para todos.

Para tanto, reconhecer e tratar alguém como pessoa é respeitar sua vida, sua dignidade. É direito consagrado pela Carta Magna como fundamental a preservação da vida, liberdade, igualdade e segurança, onde nenhum ser humano deve ser humilhado ou agredido por outro, ou obrigado a viver em situação em que se envergonhe perante os demais, ou ainda que os outros considerem indigna ou imoral. Como preceitua Ingo Wolfgang Sarlet,

Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material. (2012, p. 105)

Apesar de todas as repetidas afirmações ao longo dos anos da igualdade entre as pessoas, elas são tratadas como desiguais, garantia feita pela própria lei e pelos costumes em determinadas situações. Porém, o que se veda são as diferenciações arbitrárias ou discriminações absurdas, uma vez que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é o próprio conceito de Justiça (MORAES, 2013. p. 95).

Ainda segundo o ensinamento do autor:

[...] os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Para uma maior eficácia a proteção à dignidade da pessoa humana, as

diferenças sociais, religiosas, culturais, enfim o respeito às diversidades, se percebe, que, para que sejam minimizadas as desigualdades são necessárias ações concretas que busque diminuí-las. Por via de consequência, cabe ao Estado tais ações e leis com o intuito de reduzir estas desigualdades, sem olvidar que a sociedade caberá a recepção destas políticas para que possam ser implementadas e, por conseguinte, possam as desigualdades serem diminuídas de forma satisfatória, ou até mesmo quem sabe num futuro não muito distante erradicadas.

2 A discriminação e a sua (i)legitimidade

Discriminação é o ato ou efeito de discriminar, distinguir, discernir, diferenciar. É o tratamento preconceituoso dado a certas categorias sociais, raciais, etc. A discriminação ocorre quando há uma atitude diversa perante uma característica específica e tida como não comum, sobrevém, portanto enraizada na sociedade ao longo dos séculos devido a constante mudança no comportamento do homem.

A discriminação é uma forma de manifestação, de concretização de um conceito pré-estabelecido de cunho normalmente pejorativo em face de determinada pessoa ou grupo de pessoas. Uma ação de cunho discriminatório resulta na destruição e comprometimento direto dos direitos fundamentais do ser humano, prejudicando um indivíduo ou um grupo no seu contexto social, cultural, político ou econômico.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial define discriminação como:

“Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência (...) que tenha por objetivo ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural, ou em qualquer outro domínio da vida pública”. (1991,p.373).

No âmbito da legislação vigente, a Constituição Federal do Brasil preceitua como princípio fundamental, dentre outros, aqueles constantes em seu artigo 5º e incisos I, XLI e XLII. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...]

[...]XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]

Tais dispositivos são pertencentes ao rol dos direitos sociais jacente do artigo 7º e incisos XX, XXXI e XXXIV, e ainda no artigo 170, inciso VII que demonstram que o constituinte brasileiro repeliu qualquer forma de discriminação e fundamentou suas diretrizes no princípio da igualdade.

A partir do novo conceito de igualdade (formal e material) como já explicitado anteriormente, precisou-se exigir do Estado as duas modalidades, que apesar de aparentemente oposta se complementam, na medida em que é obrigação do Estado coibir o tratamento diferenciado e implementar medidas que atenuem e/ou eliminem as desigualdades e discriminações. Para Paulo Pires Filho a igualdade material teria por finalidade a “busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, podendo-se afirmar que todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição de deveres [...]”. Ao passo que a igualdade formal estabelece, segundo o jurista que “[...] essa igualdade seria a pura identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através de textos legais [...]” (2011, p. 515).

O posicionamento da doutrina tradicional praticamente se iguala a tese defendida pelo grande filósofo Aristóteles onde a igualdade tem amparo ao “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem”.

Assim, afirma Alexandre de Moraes sobre a desigualdade que a lei produz:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser

consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos de valores genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação a finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. (2013, p. 95).

Na lição deste ilustre autor os “tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”, ou seja, embora se tenha no texto legal a previsão de igualdade entre os seres humanos, deve-se buscar a equiparação concreta, assim reduzindo as desigualdades sociais, por meio de políticas governamentais e leis tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato.

Para o doutrinador, existe uma tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade: a limitação ao legislador, ao intérprete/ autoridade pública e ao particular. Ao legislador, quando no exercício de sua função constitucional de editor normativo, não poderá, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, se afastar do princípio da igualdade, fazendo com que as normas editadas por eles que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

Em relação ao intérprete/autoridade pública, estes não poderão aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar as desigualdades arbitrárias. Segundo Moraes, o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito em caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas (MORAES, 2013. p. 95).

Ao particular, finalmente, não poderá pautar-se por condutas de caráter discriminatório, preconceituoso ou racista, sob pena de responder civil e penalmente, nos termos da legislação vigente.

Assim, a busca pelo tratamento diferenciado com o intuito de promover a igualdade desejada, não cabe somente ao Estado, mas deve ser seguida pela iniciativa privada como forma de responsabilidade social de todos através de ações

afirmativas em prol das minorias.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

3.1 Discriminação Positiva e Negativa

Para melhor entendimento acerca do que vem sendo tratado no presente estudo, é válido diferenciar as manifestações de cunho discriminatório, podendo ocorrer de forma lícita também chamada de positiva, ou ilícita conhecida como negativa. As chamadas discriminações ilícitas ou negativas são aquelas que prejudicam determinado indivíduo ou grupo pela criação de situações injustas, podendo ser encontrada por meio de adoção de regras que estabelecem distinções através de proibições, em outras palavras, é o preconceito expressado por meio de normas legais ou sociais, seja de maneira explícita ou velada, formando uma ideia de inferioridade ou incapacidade, conferindo um status jurídico de minoridade a esses cidadãos notadamente inferiores àqueles conferidos aos detentores do poder. Para melhor compreensão podemos citar como exemplo uma situação de determinado condomínio residencial colocar uma placa na porta do elevador informando sobre a proibição a entrada de negros naquele local, ou ainda se nesse condomínio não existisse a placa, mas os moradores, veladamente, se recusassem a entrar no elevador social juntamente com uma pessoa negra.

O sociólogo francês R. Castel define melhor essa forma de discriminação:

“Ser discriminado negativamente significa ser associado a um destino embasado numa característica que não se escolhe, mas que os outros desenvolvem como uma espécie de estigma. A discriminação negativa é a instrumentalização da alteridade, constituída em favor da exclusão”. (2008, p.14).

A discriminação positiva é aquela que regula positivamente o sistema econômico/social de forma a amenizar as diferenças existentes em determinado grupo, país ou região. Visa empreender políticas que darão a esses grupos, seja social, étnico ou minoritário, o tratamento preferencial no acesso ou distribuição de certos recursos ou serviços, bem como a determinados bens, a fim de melhorar a

qualidade de vida e compensar o prejuízo ou discriminação que foram vítimas. O principal exemplo de uma discriminação positiva são as ações afirmativas. Bandeira de Melo fala sobre o tema:

“ A discriminação positiva, como uma ação que visa à equidade, é uma medida que deve ser tomada no tempo, até que o grupo desfavorecido possa alcançar o nível de desenvolvimento social do grupo dominante. Deve-se considerar, ainda, que o traço distintivo seja pertencente às pessoas, ou grupos, a serem discriminados positivamente, isto é, nenhum elemento que não exista nessas pessoas (ou grupos) poderá servir de base para submetê-las a regimes diferentes” (2001, p. 23).

Deste modo, fica claro que as ações afirmativas decorrentes de atos discriminatórios positivos, devem ser exclusivamente usufruídas por aqueles que, de fato, necessitam deles, para alcançar, num espaço de tempo, a igualdade material e formal.

3.2 Ações Afirmativas: surgimento e previsão constitucional

Historicamente as ações afirmativas surgiram com a finalidade de corrigir a discriminação racial quando, nos Estados Unidos, na década de 1960, quis-se extinguir a segregação racial que marcava a sociedade norte-americana. Começava ali o apogeu da luta dos negros contra a segregação através de medidas legais em busca da igualdade jurídico-constitucional naquele país. A idealização do instituto é atribuída ao então presidente John F. Kennedy que por meio de decreto determinou que os contratantes adotassem medidas afirmativas com a finalidade de garantir diversidade no quadro de empregados, oferecendo vagas para indivíduos de diferentes credos, nacionalidades e etnias, visando com tal medida incluir principalmente negros. (BERTOLIN e SMANIO, 2013. p. 373).

A partir desse momento, a luta do movimento negro norte-americano passou a existir como um dos mais atuantes na sociedade, surgindo lideranças de reconhecimento nacional, entre elas Martin Luther King Jr., símbolo da luta contra a segregação racial, recebendo apoio de liberais e progressistas brancos, unidos pela

ampla defesa de direitos. Por conseguinte, passou-se a exigir que o Estado garantisse leis antissegregação e que assumisse uma postura ativa para a melhoria das condições de vida da população negra. Assim, as políticas de ações afirmativas se intensificaram e se espalharam pelo mundo tomando identidades específicas em cada local e contando com processos evolutivos ao longo dos anos. (BERTOLIN e SMANIO, 2013. p. 373).

No Brasil, as ações afirmativas se intensificaram na Constituição Federal de 1988, pela necessidade, segundo Smanio e Bertolin, “de efetivação da igualdade material em face de uma Constituição cidadã e democrática”, onde desde então, promove-se intensos debates acerca da constitucionalidade das políticas públicas de ação afirmativa, buscando respaldo no fato de que os valores postos na Constituição, objetivando efetivar a igualdade material, trazem consigo a necessidade de alteração da postura do Estado e da sociedade como um todo, para considerar, do ponto de vista do reconhecimento e da inclusão, aspectos anteriormente ignorados, como raça, sexo, idade, origem, entre outros. (2013. p. 373).

É possível verificar em toda a extensão da Carga Magna a preocupação do legislador ao repetidas vezes consignar dentre os objetivos fundamentais, em seu artigo 3º a promoção de ações para redução e erradicação das desigualdades sociais, regionais e a promoção do bem social, sem distinção quanto a sua origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação que eventualmente possam existir:

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.

Aponta também o artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VII – redução das desigualdades regionais e sociais.

Como podemos perceber não é pela falta de uma legislação que estes direitos não são contemplados, mas talvez, pela falta de uma penalidade mais rígida e principalmente de uma educação que desde o ensino infantil perpassa esses valores aos futuros integrantes desta sociedade.

3.3 Ações Afirmativas: conceito e materialização

GOMES, definiu as ações afirmativas:

Concebidas pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também 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. (2001, p. 6).

Para Flávia Piovesan, as ações afirmativas são:

[...] medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminatório, as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social (2010, p. 198).

Através da conceptualização conclui-se que as ações afirmativas podem se materializar por meio do poder público ou da iniciativa privada, de forma compulsória ou voluntária, sendo a primeira imposta pelo Estado por meio da criação de institutos legais, podendo haver ou não incentivos fiscais (redução ou isenção da carga tributária legal), entretanto com previsão de punição caso haja descumprimento da medida imposta a um determinado grupo de agentes sociais (SMANIO e BERTOLIN, 2013, p. 374).

Desta forma, buscam as ações afirmativas uma maior harmonização entre os diversos grupos sociais discriminados em razão do sexo, raça ou cor, dentre outras, com o estabelecimento da diversidade e representatividade, evitando ou minimizando as discriminações com o escopo de dirimir os efeitos dessas práticas

que ao longo do tempo acabaram por marcar de forma indelével tais grupos e que em virtude destes acontecimentos vivem de forma marginalizada.

Sendo assim, apenas existe lugar para as ações afirmativas nas sociedades onde a desigualdade deixou (e deixa) suas marcas, onde para tanto aquelas se dirigem. Para isso, devem ter como característica fundamental a transitoriedade, pois quando se atingi a igualdade de oportunidade o objetivo pra qual foi criada desaparece, deixando de ser constitucional. Porém, não significa que há a necessidade de haver prazo determinado para a sua duração ou permanência, devendo apenas estar vinculada entre o fator ensejador de discriminação e a razão que justifique o tratamento favorável.

Como algumas das principais expressões das ações afirmativas temos as políticas de promoção de igualdade de gêneros em favor da mulher em relação a previdência social, a igualdade no casamento, equiparação no trabalho por meio de dispositivos elencados na Consolidação das Leis do Trabalho –CLT, a proteção à maternidade, como principal medida a estabilidade de emprego, e o combate á violência, através da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), entre outros.

Em relação ao gravíssimo problema de discriminação racial, houve avanços jurídico-legais, como as políticas de igualdade no trabalho e a tipificação do racismo. Além disso, as ações afirmativas chegaram ao campo da educação com a adoção do sistema de cotas para negros nas faculdades e universidades públicas brasileiras, sendo aproveitada também em concursos públicos, porém gerando descontentamentos, pois, segundo o argumento usado para contestá-las o mecanismo das cotas raciais acaba por discriminar os brancos pobres e estariam dividindo o Brasil, que seria um país miscigenado, em raças, criando “divisões perigosas”. (FRY, Peter et. Al. (Org.) 2007).

Para Smanio e Bertolin,

Ao implementar as cotas raciais, não se negam as desigualdades econômicas, mas evidencia-se a coincidência, em grande parte dos casos entre pobreza e raça, tendo sido os ‘não brancos’ (negros e pardos), em sua maioria mantidos no patamar mais baixo da pirâmide social. Há, assim, a necessidade de correção de desequilíbrios sociais, econômicos e culturais estruturais, persistentes no país desde a abolição da escravatura, aos quais nem os institutos legais conseguiram pôr fim. (2013, p. 374).

Mais uma vez podemos perceber que mesmo havendo legislação pertinente o assunto as desigualdades permanecem através dos séculos criando um abismo entre dois mundos, o dos “brancos” e daqueles que não se enquadram nesta categoria.

Sandra Molina complementa o entendimento:

O sistema de cotas nas universidades não gera desigualdade entre brancos e não brancos, mas a possibilidade de acesso para negros, pardos e índios, que nunca conseguiram competir em condições de igualdade com os brancos, sejam estes ricos ou pobres. (2013, p. 435).

Na verdade o sistema de cotas foi uma maneira de tentar dirimir estas diferenças porém, mesmo assim a desigualdade permanece uma vez que sendo oriundos de uma educação sem a devida qualidade dificilmente conseguem acompanhar o ritmo do estudo.

Não muito distante da perseguição sofrida pelos negros ao longo dos anos, a luta contínua de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros para erradicar de vez a discriminação por orientação sexual e igualdade de direitos ganha cada dia mais ações afirmativas em prol de um movimento em constante crescimento. O “Dia do Orgulho LGBT”, comemorado em 28 de junho no mundo inteiro, marca o início do movimento moderno LGBT em favor da liberdade de expressão e igualdade de direitos desse segmento da população. No meio jurídico, o grande avanço ocorreu em 2011 quando o STF – Supremo Tribunal Federal reconheceu a equiparação da união homossexual à heterossexual, na qual culminou, dois anos mais tarde, na decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em obrigar a todos os cartórios brasileiros a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo e proibiu a recusa de se converter união estável homoafetiva em casamento. (ARAÚJO, José Prata. 2010, p. 204).

Quanto ao direito da pessoa idosa é importante destacar o principal programa de inclusão social para essa parcela da sociedade, a Previdência Social, onde possibilita que Estado e a própria sociedade assumam a responsabilidade perante os idosos e garantir-lhes uma proteção social sob forma de aposentadoria e pensão, como forma de substituir os rendimentos antes vindos do labor. Constitucionalmente,

além dos demais direitos e garantias asseguradas, a pessoa idosa recebeu tratamento específico como descreve (QUEIROZ 2011, p. 817):

A chamada Constituição Cidadã, nela inseriu, além dos direitos a todos assegurados, direitos específicos dos idosos, como o direito de não ser alvo de preconceito por idade (art. 3º, IV, da CF/1988), o direito de cumprir pena de forma distinta dos demais (art. 5º, XLVIII, da CF/1988), o direito de não receber salários menores que os demais pelo exercício da mesma função nem ser preterido em admissão por critério de idade (art. 7º, XXX, da CF/1988), o direito de votar e ser votado nas organizações sindicais, ainda que aposentado (art. 8º, VII, da CF/1988), o direito de voto facultativo para os maiores de 70 anos (art. 14, § 1º, II, *b*, da CF/1988), o direito à aposentadoria aos 65 anos de idade, homem, e 60, mulheres, reduzidos de cinco anos nos casos indicados (art. 210, §7º, II, da CF/1988), o direito à assistência social, inclusive a garantia de benefício de um salário mínimo mensal, independentemente de contribuição previdenciária, desde que não possua meios de prover a subsistência por si próprio ou por sua família (art. 203, V, da CF/1988), o direito de ser ajudado e amparado pelos filhos maiores e capazes (art. 229), o direito de gratuidade nos transportes coletivos urbanos (art. 230, da CF/1988).

Além de toda a proteção constitucional é importante salientar a criação do Estatuto do Idoso – Lei 10.741 de 01.10.2003, que consolidou os direitos dos idosos e tornou criminosas diversas condutas praticadas contra os mesmos.

Frente a Constituição Federal de 1988, cujo significado é incalculável no esforço a inclusão dos direitos da pessoa portadora de deficiência na sociedade brasileira, foram dedicados a esse setor da população diversos artigos e parágrafos com recomendações legais nos capítulos dos direitos sociais, da administração pública, da assistência social, da família e da educação.

É importante salientar o uso da expressão “pessoa portadora de deficiência”, pois é o termo acolhido pelos primeiros movimentos de defesa de direitos dessa categoria social e por se tratar da expressão utilizada na Carta Magna, em alguns de seus artigos.

A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, editada pela Organização das Nações Unidas, afirma, em seu artigo 3º:

Às pessoas portadoras de deficiência assiste o direito inerente a todo e qualquer ser humano, de ser respeitadas, sejam quais forem seus antecedentes, natureza e severidade e sua deficiência. Elas têm os mesmos direitos que os outros indivíduos da mesma idade, fato que implica desfrutar de vida decente, tão normal quando possível.

Para dar efetividade a esse entendimento, a legislação define os direitos dos portadores de deficiência dando ênfase para a educação especial como modalidade educativa, garante à população uma série de ações e programas de saúde, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, além de prevê mecanismos de estímulo à formação profissional, estabelece também normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação. Define ainda como crime a prática de discriminação contra os portadores de deficiência por conta de sua condição.

4 CONCLUSÃO

Com aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas – ONU, no ano de 1948, o princípio da igualdade passa a ser essencialmente significativo às demais legislações, inclusive a brasileira, preceituando que todos os seres humanos nascem livres e iguais, tanto em dignidade, quanto em direitos

A igualdade, em toda a sua dimensão, deve ser o princípio basilar e supremo num Estado Democrático de Direito com vistas a ser fundamento de ordem singular, o verdadeiro alicerce para a construção de uma sociedade justa, fraterna e evoluída. O princípio da igualdade atua, por sua vez, em duas vertentes: perante a lei e na lei. A primeira compreende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto, já a segunda, pressupõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções, exceto as constitucionalmente autorizadas.

De sorte a Constituição Federal do Brasil de 1988, a Constituição Cidadã, prescreve em toda a sua extensão a igualdade entre todos e perante a lei, vedando distinção de qualquer natureza e garantindo aos brasileiros e estrangeiros que residem no país os direitos fundamentais, quais sejam: o direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Contudo, é sabido que desigualdades e

discriminações estão presentes na sociedade e representam um dos maiores desafios contemporâneos.

Baseado nisso, o legislador previu na Carta Magna a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Assim, por meio disso, proíbe as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores contidos em sua Legislação Maior, e que tem por finalidade limitar a atuação do próprio legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular.

Ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, no momento de criação das leis, atos normativos e medidas provisórias, editá-las de modo a gerar tratamentos abusivos diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica, sob pena de flagrante constitucionalidade. No plano do intérprete, a autoridade pública deve pautar-se, ao aplicar a lei e atos normativos, de maneira igualitária, sem estabelecer distinções em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social, de forma a criar ou aumentar desigualdades. O particular não pode fundamentar suas condutas em atos discriminatórios, preconceituosos, racistas ou sexistas, sob o mesmo argumento que os anteriores.

Conclui-se, portanto, que o princípio da igualdade, assegurado no artigo 5º da Constituição, traduz-se em norma de eficácia plena, de modo a proporcionar a todos, indistintamente, igualdade perante a lei, mas, também, e principalmente, igualdade material. Essa igualdade material se baseia em determinados fatores, busca-se uma isonomia proporcional, uma vez que não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais ou discriminatórios.

A discriminação é denominação atribuída a uma ação ou omissão violadora do direito das pessoas com base em critérios injustificados e injustos, ou em outras palavras, é o tratamento preconceituoso dado a certas categorias sociais, sexuais, religiosas, entre outras.

Em confronto com as ações de cunho discriminatório surgiram as chamadas discriminações positivas ou ações afirmativas, tendo por finalidade a efetivação da igualdade material. Para tanto, o Estado, seu maior garantidor, passou a criar políticas públicas e o legislador a editar leis e atos normativos que fomentassem a

redução e erradicação das desigualdades sociais, regionais e promovessem o bem social, sem discriminação quanto a sua origem, raça, cor, idade e outras formas de marginalização.

Sendo assim, essas ações se materializaram nos seguimentos tidos como minorias ou grupos vulneráveis, quais sejam – a mulher, o idoso, o LGBT, o negro e o deficiente, entre outros – criando mecanismos que possam reinserir esses grupos e/ou punir aqueles que praticam ações discriminatórias.

REFERÊNCIAS

A BUSCA pela minimização das desigualdades através de ações afirmativas. Disponível em < ARAÚJO, José Prata. **Guia dos Direitos Sociais: a igualdade social e as diferenças entre a esquerda e os neoliberais.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Darlan., JÚNIOR, Marco Antônio de Oliveira. **Vade Mecum legislação selecionada para OAB e concursos.** 7. Ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. , SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O Direito e as políticas Públicas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2013.

CASTEL, Robert. **A discriminação negativa – cidadãos ou autóctones?** Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

DIREITOS HUMANOS: entre o princípio de igualdade e a tolerância. Disponível em <http://www.academia.edu/2568734/Direitos_Humanos_entre_o_princ%C3%ADpio_de_igualdade_e_a_toler%C3%A2ncia> . Acesso em 29 outubro 2015.

GARCIA, Maria. , PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: grupos vulneráveis.** vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade.** 1ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Renovar, 2001.
http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8336>. Acesso em 02 novembro 2015.

MOLINA, Sandra Cordeiro. **Raça, Direito e Políticas Públicas para a promoção da igualdade racial no Brasil: alguns apontamentos.** São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

O INSTITUTO da discriminação positiva como manifestação do princípio constitucional da igualdade. Disponível em <<http://geiselramos.jusbrasil.com.br/artigos/146770275/o-instituto-da-discriminacao-positiva-como-manifestacao-do-principio-constitucional-da-igualdade>>. Acesso em 01 novembro 2015.

PIRES FILHO, PAULO. **As categorias de direitos humanos constitucionalizados**. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. **Os direitos fundamentais dos idosos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001,

SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 7, n. 60, 1 nov. 2002](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3479>>. Acesso em: 3 nov. 2015

HUMAN RIGHTS AND AFFIRMATIVE ACTION FOR DISCRIMINATORY CONDUCT: an instrument to ensure equal rights

Alana Karenine Dantas Rocha²

ABSTRACT

The objective of this study is to reaffirm the importance of the principle of equality as a fundamental right through the implementation of affirmative action, analyzing the main measures adopted in the search for equal rights for vulnerable groups and their effectiveness. It also aims to demonstrate that affirmative action, or lawful discrimination, have support in the Universal Declaration of Human Rights and the Federal Constitution of 1988 under the justification of giving unequal treatment to the unequal cases to the extent that inequality. Synthesize, finally, the importance of

² Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT: alana_karenine@hotmail.com

equal treatment in the promotion of human rights by the groups affected by discriminatory actions in order to mitigate these acts.

Keywords: affirmative action - discriminatory behavior - equality - minorities - human rights