

FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO "EURÍPIDES DE MARÍLIA" – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

TATIANA PEGHIM MERENDI

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO: OS DEFICIENTES FÍSICOS E A DISCRIMINAÇÃO
POSITIVA**

MARÍLIA
2007

TATIANA PEGHIM MERENDI

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO
BRASILEIRO: OS DEFICIENTES FÍSICOS E A DISCRIMINAÇÃO
POSITIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado

MARÍLIA
2007

TATIANA PEGHIM MERENDI

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO: OS
DEFICIENTES FÍSICOS E A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

Banca examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: _____

ORIENTADOR: Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Marília, _____ de _____ de 2007.

Aos meus pais, Edson e Maria Amélia.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado, a quem sou grata por ter aceito me orientar, e por ter contribuído com sugestões e leituras que foram de suma importância para a conclusão do trabalho.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação da UNIVEM, especialmente a Prof^a. Dr^a. Norma Sueli Padilha, pelo ensino e conhecimento proporcionado.

À secretaria do programa de Pós-Graduação, pelas informações, conselhos e amizade.

Aos colegas de turma, pela companhia nestes dois anos de curso, pela troca de experiências e conhecimento.

A todos os funcionários da UNIVEM, pela conservação e limpeza do Campus.

E finalmente, aos meus pais, Edson e Maria Amélia, e aos meus irmãos, Izaura e Edson, pela paciência, compreensão e apoio durante os dois anos de estudo.

*“Toda forma de aviltamento
ou de degradação do ser
humano é injusta. Toda
injustiça é indigna e, sendo
assim, desumana”.*
Carmén Lúcia Antunes Rocha.

MERENDI, Tatiana Peghim. O princípio da igualdade no Estado democrático Brasileiro: os deficientes físicos e a discriminação positiva. 2007. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

RESUMO

Este estudo tem por finalidade demonstrar a dificuldade de efetivação do princípio da igualdade no modelo democrático brasileiro face às discriminações positivas relacionadas aos deficientes físicos. Neste intuito, indispensável conhecer um pouco das transformações históricas sofridas pelo Estado, bem como o tratamento que este ente dispensa ao princípio da igualdade. No Estado liberal o princípio em questão se funda num elemento puramente formal, e devido às grandes injustiças, coube ao Estado democrático criar mecanismos e normas capazes de implementar o princípio da igualdade. A Constituição Federal de 1988 reproduz em seu texto normativo vários dispositivos que tratam além da igualdade formal, a igualdade material, tão almejada pelos cidadãos, especialmente pelas pessoas portadoras de deficiência física, tão discriminadas em todo o mundo. Existe hoje um arcabouço normativo que protege os direitos das pessoas portadoras de deficiência, especialmente no emprego, visando retirá-los da esfera de discriminação, e inseri-los na sociedade. No entanto, mais do que leis, é preciso haver mudanças culturais e mais conscientização por parte da sociedade. As normas proibitivas não são suficientes para afastar do cenário a discriminação. É preciso contar com normas integrativas (ações afirmativas). A ação afirmativa ou discriminação positiva é um conjunto de mecanismos de integração social de políticas públicas que visa a concretização da igualdade material, ou seja, assegura a pessoas pertencentes a grupos particularmente desfavorecidos uma posição idêntica à dos outros membros da sociedade, proporcionando assim uma igualdade no exercício de direitos. Na hipótese dos portadores de deficiência está presente na adoção de sistema de cotas. No entanto, devido ao descaso da sociedade e do poder público o Brasil ainda está longe de alcançar o resultado pretendido, o de transpor cada vez mais as desigualdades físicas, sociais, econômicas e culturais que afastam os homens e dificultam o desenvolvimento do país.

Palavras-chave: princípio da igualdade; Estado democrático; deficientes físicos; ação afirmativa.

MERENDI, Tatiana Peghim. O princípio da igualdade no Estado democrático brasileiro: os deficientes físicos e a discriminação positiva. 2007. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

ABSTRACT

This research aim to demonstrate the difficulty of implantation of the equality principle in the Brazilian democratic model in face of the positive discrimination connected to the physically disable. That way, it is indispensable to know a few of the historical transformations suffered from State, as well the treatment that it dispenses to the equality principle. In the Liberal State this principle in hand if establishes in a purely formal element, element and due some great injustices, it was up the democratic state to create rules and mechanisms able to implant the equality principle. The 1988 Federal Constitution dictates in it normative text several advices that take care of the formal equality aside from the material equality, so craved by the citizens, especially by physically disable. There is today a set of normative roles that protected the physical disable` civil rights, especially in the work environment, aiming to remove them from discrimination atmosphere, and return than to society. Although, the low itself it is not enough there need to have more cultural changes and social awareness. We need to count with integrative rules (affirmatives actions). The affirmative actions or positive discrimination is a set of mechanisms of social integration of public politics that aims at the concretion of the material equality, that is, assures the pertaining people the particularly disfavoured groups an identical position to the one of the other members of the society, thus providing equality in the exercise of rights. In the hypothesis of the physically disable it is present in the adoption of system of quotas. However, had to the indifference of the society and the public power Brazil still it is far from reaching the intended result, to transpose each time more physical, social, economic and cultural the inequalities that move away the men and make it difficult the development of the country.

Key words: *equality principle; democratic State; physically disable; affirmative action.*

MERENDI, Tatiana Peghim. O princípio da igualdade no Estado democrático brasileiro: os deficientes físicos e a discriminação positiva. 2007. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

RESUMEN

Este estudio tiene por finalidad demostrar la dificultad de efectividad del principio de la igualdad en el modelo democrático brasileño en razón a las discriminaciones positivas relacionada a los deficientes físicos. En este intento, es indispensable conocer un poco de las transformaciones históricas sufridas por el Estado, así como el trato que este ente dispensa al principio de la igualdad. En el Estado liberal el principio en cuestión se establece en un elemento puramente formal, y debido a las grandes injusticias, le tocó al Estado democrático crear mecanismos y normas capaces de implementar el principio de la igualdad. La Constitución Federal de 1988 reproduzco en su texto normativo varios dispositivos que tratan además de la igualdad formal, la igualdad material, tan anhelada por los ciudadanos, especialmente por las personas portadoras de deficiencia física, tan discriminadas en todo el mundo. Hay hoy un esbozo normativo que protege los derechos de las personas portadoras de deficiencia, especialmente en el empleo, visando sacarlos de la esfera de discriminación, y inserirlos en la sociedad. Sin embargo, además de leyes, es menester haber cambios culturales y mayor conciencia por parte de la sociedad. Las normas prohibitivas no son suficientes para alejar el escenario la discriminación. Es menester disponer con normas enteras (acciones afirmativas). La acción afirmativa o discriminación positiva es un conjunto de mecanismos de integración social de políticas públicas que visa la concretización de la igualdad material, es decir, garantiza a personas pertenecientes a grupos particularmente desfavorable a una posición exacta a las de los otros miembros de la sociedad, aportando así una igualdad en la practica de derechos. En la hipótesis de los portadores de deficiencia está presente en la adopción de sistema de cuotas. Sin embargo, debido al desprecio de la sociedad y del poder público Brasil todavía está lejos de alcanzar el resultado apetecido, lo de transponer cada vez más las desigualdades físicas, sociales, económicas y culturales que alejan los hombres y dificultan el desarrollo del país.

Palabras clave: *principio de la igualdad, Estado democrático; deficientes físicos; acción afirmativa.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO	
1.1. O princípio da igualdade no Estado liberal.....	14
1.2. A democracia de Rousseau.....	24
1.3. O princípio da igualdade no Estado social.....	28
1.4. O princípio da igualdade no Estado democrático brasileiro.....	30
CAPÍTULO II - A DEMOCRACIA E AS PERSPECTIVAS TEÓRICAS	
2.1. Modelo hegemônico.....	37
2.2. Crítica ao modelo hegemônico.....	49
CAPÍTULO III - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E OS DEFICIENTES FÍSICOS	
3.1. Conceito de igualdade.....	59
3.2. Distinção entre princípios e regras.....	61
3.3. Aspecto formal e material do princípio da igualdade.....	66
3.4. O princípio da igualdade nas Constituições brasileiras.....	69
3.5. O princípio da igualdade e as pessoas portadoras de deficiência.....	78
3.6. O portador de deficiência e a discriminação no trabalho.....	84
3.7. Ações afirmativas.....	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS.....	101

INTRODUÇÃO

As pessoas portadoras de deficiência estão, como todas as outras, sujeitas, no Brasil, a todas as normas que regem a sociedade brasileira. Porém, devido a deficiência física, este grupo de pessoas possui legislação específica que tutela os seus direitos.

Acompanhando uma tendência internacional moderna, a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto normativo várias normas de proteção a estas pessoas, inclusive com relação à integração do portador de deficiência no mercado de trabalho.

Infelizmente, no estágio social e econômico atual, nota-se que o preconceito entre as pessoas ainda é grande. Ele interfere diretamente no ato da discriminação, visto que consiste em prévio julgamento mediante generalização ou mistificação, sem distinguir as dimensões do indivíduo ou grupo social. As qualidades são enxergadas no aspecto negativo, o que por consequência leva à estigmatização do grupo excluído.

O princípio da dignidade humana, bem como o princípio da igualdade, são valores fundamentais do Estado democrático de direito brasileiro, e assumem papel importante no estudo da discriminação social, pois justificam as condutas legítimas ou ilegítimas. Não há trabalho digno se não se observar a igualdade, visto que aos deficientes físicos deve-se oferecer oportunidades para que eles possam honestamente prover a própria subsistência.

No entanto, para que se efetive esta inclusão social, é preciso abandonar as práticas que exponham o homem e o coloquem em posição de desigualdade perante os demais, o desconsiderem como pessoa, ou o privem das condições indispensáveis à manutenção da própria vida.

Deste modo, a idéia principal desta pesquisa, é demonstrar a dificuldade de implementação do princípio da igualdade no Estado democrático brasileiro, ou seja, a dificuldade de se instaurar uma sociedade verdadeiramente igualitária.

O sofrimento porque passa a nação brasileira deriva da péssima distribuição do que se produz e não tem outra razão senão o fracasso no atingimento da efetiva igualdade de tratamento e de oportunidades que tem como conseqüência a pior de suas realidades, qual seja, o desemprego, a fome e a violência sem limites que hoje é presente em todo o país.

Neste sentido, as ações afirmativas, conquanto ainda não se constituam intervenções governamentais dotadas de força e efetividade suficientes para eliminar as desigualdades históricas sedimentadas, podem assumir um papel significativo de corrigi-las na atualidade, buscando a promoção de mecanismos que ofereçam igualdade de oportunidades. Na hipótese das pessoas portadoras de deficiência física está presente na adoção de sistema de cotas.

Neste intuito, indispensável conhecer um pouco das transformações históricas sofridas pelo Estado, bem como o tratamento que este ente dispensa ao princípio da igualdade. Assim, este assunto será objeto do primeiro capítulo, considerando inicialmente o Estado liberal burguês, que colocava o homem no centro da existência social.

Neste contexto, convergiram a exigência política de direitos e liberdades fundamentais do indivíduo e a teoria do liberalismo econômico no sentido de que através de uma defesa adequada dos interesses próprios que se confrontam em livre concorrência se desenvolveria por si mesmo uma vida econômica equilibrada.

O princípio da igualdade no Estado liberal se restringe a mera concepção formal. Esta igualdade dita formal busca tratar igualmente todos os homens, bastando, para isto, apenas a sua descrição em texto normativo.

O abstencionismo e o individualismo do Estado de direito provocou imensas injustiças, o que resultou no novo Estado social, preocupado em criar situação de bem-estar e

garantir o desenvolvimento da pessoa humana. A concepção de igualdade puramente formal passou a ser questionada, surgindo, daí, a necessidade de adoção de uma nova perspectiva de análise do princípio da igualdade, que apreciasse a sua dimensão material.

Deste modo, competiu ao Estado democrático de direito a criação de normas que efetivassem o princípio da justiça e da igualdade, tanto no aspecto formal quanto no aspecto material.

Entretanto, é perfeitamente evidente que não se alcançou a democracia social, ou seja, a efetiva justiça social, pois a mera descrição do princípio da igualdade na Constituição Federal vigente, como princípio fundamental, não é suficiente para a efetivação da igualdade material.

Percebe-se assim, que somente se vivenciará a verdadeira democracia quando esta não se reduzir a aspectos tipicamente formais de igualdade, mas realizar eficazmente a justiça social, ou seja, reduzir as desigualdades econômicas e sociais.

Infelizmente, muitos estudiosos do assunto acreditam que a democracia se restringe apenas ao sistema das regras do jogo, abstraindo o conteúdo ético da democracia, bem como a natureza profunda dos antagonismos sociais. Esta discussão será objeto do segundo capítulo, subdividido em duas partes. Na primeira será apresentado o modelo de democracia procedimentalista, denominado modelo hegemônico de democracia. Na segunda parte deste capítulo, será analisada a concepção de democracia oposta ao modelo procedimental hegemônico, que apesar de criticar o modelo anterior, não rompe com o procedimentalismo, mas busca aperfeiçoá-lo.

Considerando estas análises, e já concluindo que a efetividade do princípio da igualdade é fundamento da democracia, desenvolveu-se o terceiro e último capítulo. Nele demonstrar-se-á o tratamento que o princípio da igualdade dispensa às pessoas portadoras de deficiência física, obrigando os poderes públicos à elaboração de normas, bem como a sua

real aplicação. Primeiramente, discorrer-se-á sobre o conceito de igualdade, ressaltando as três posições fundamentais a este respeito: a nominalista, a idealista e a realista. Em um segundo momento, tratar-se-á da distinção entre regras e princípios, enfatizando a importância destes últimos para o sistema jurídico brasileiro; após cuidar-se-á dos dois aspectos do princípio da igualdade: a igualdade formal e a igualdade material, asseverando as suas principais particularidades. Em seguida mostrar-se-á como as Constituições brasileiras enfocaram o princípio da isonomia, merecendo destaque a Constituição Federal de 1988, que possui em seu texto normativo vários dispositivos que reproduz além da igualdade formal, a igualdade substancial, no intuito de nivelar e diminuir as desigualdade sociais, demonstrando que a afronta a tal princípio, tanto na edição das lei pelo legislador, como na sua aplicação pelo juiz de direito, acarretará a inconstitucionalidade da norma, já que distinções abusivas são inconciliáveis com a Constituição Federal.

Prosseguindo, analisou-se o tratamento que o princípio da igualdade dispensa aos deficientes físicos, ressaltando que a regra é a igualdade entre os seres humanos, porém existindo uma hipótese de desequiparação, deve estar comprovado que a mesma é necessária para o objetivo visado. A partir daí levantou-se algumas questões que demonstram a discriminação do portador de deficiência no mercado de trabalho, salientando que a integração social deste grupo inicializa-se com a conscientização da sociedade sobre o problema.

Avançando o estudo, observou-se as ações afirmativas como meio para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias, em especial os deficientes físicos.

Finalizando o presente trabalho, foram apresentadas algumas considerações que emergiram da presente análise.

CAPÍTULO I – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

1.1. O princípio da igualdade no Estado liberal

A presente abordagem demonstrará a dificuldade de implementação do princípio da igualdade no modelo democrático brasileiro por meio das discriminações positivas relacionadas aos deficientes físicos, visto que as normas proibitivas não são suficientes para afastar do cenário a discriminação, sendo necessário contar com as normas integrativas (ações afirmativas)¹.

Porém, para chegar a este resultado, primeiramente, é imprescindível observar os processos históricos sofridos pelo Estado, desde o Estado liberal ao democrático de direito, ilustrando a evolução do princípio da igualdade, objeto principal da presente pesquisa.

Ao Estado sempre coube promover a efetivação do princípio da igualdade, porém como se vislumbrará no decorrer do trabalho, aquela jamais foi alcançada, visto que os interesses da minoria sempre se sobressaíram aos direitos da maioria.

¹ Pessoas portadoras de deficiência são aquelas que possuem uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico ou social (Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiências – art. I). Ou ainda, aquela que apresenta em caráter permanente perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (Dec. 3.298, de 20.12.1999, art. 3º). Já, Luiz Alberto David Araújo, determina que o que define uma pessoa como portadora de deficiência é o grau de dificuldade de integração social. Dentre as diversas expressões utilizadas para designá-las abordando a idéia dos dicionários, a terminologia e a posição da doutrina, o autor julgou a expressão “pessoas portadoras de deficiência” como a mais adequada para a designação desse grupo. Na expressão o núcleo é a palavra “pessoa” e a “deficiência” apenas uma qualitativo, o que diminui o estigma da deficiência e valoriza a idéia de pessoa.

É evidente que ao Estado não basta apenas regulamentar este princípio, conforme artigo 5º, “*caput*” da Constituição Federal de 1988, que diz: “todos são iguais perante a lei”- típico de uma igualdade meramente formal - para suprimir as desigualdades, já que na realidade os cidadãos que não se encontram de acordo com o modelo ditado pela burguesia são ignorados pela sociedade e tem uma enorme dificuldade em alcançar uma posição cômoda para sua sobrevivência.

Esta igualdade dita formal, é aquela proveniente do Estado liberal burguês, pois para esta concepção todos os homens teriam condições de alcançar a igualdade, bastando, apenas, a sua descrição em texto normativo.

Neste contexto, de acordo com Paulo Bonavides (1980, p. 3), “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que aterrorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”.

Ademais, continua o autor:

Com a construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada que o homem desfrutava da sociedade pré-estatal ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo (BONAVIDES, 1980, p.3).

Com o advento do Estado, que não é de modo algum um *prius*, mas necessariamente um *a posteriori* da convivência humana, segundo as teorias contidas nas doutrinas do direito natural, importava, primeiro que tudo, em organizar a liberdade no campo social (BONAVIDES, 1980, p. 3).

Sabe-se que o Estado se manifesta através da vontade das pessoas que o compõem, vontade esta premeditada e consciente. Assim, sua existência seria, por conseqüência, “teoricamente revogável, se deixasse de ser o aparelho de que serve o homem para alcançar na sociedade a realização de seus fins” (BONAVIDES, 1980, p. 3).

Mas o Estado é um monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o criador (BONAVIDES, 1980, p. 3).

Diante disso, zelou-se em criar uma técnica da liberdade, traduzida em limitação deste poder e formulação de meios que possibilitassem deter o seu extravasamento (BONAVIDES, 1980).

Segundo Norberto Bobbio (2006, p. 08), por “liberalismo entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas², e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social”.

Para o autor, um Estado liberal não é necessariamente democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras (BOBBIO, 2006, p. 8).³

² Norberto Bobbio (2006, p. 17/19) precisa que a expressão Estado limitado compreende dois aspectos diversos do problema, aspectos que nem sempre são bens distinguidos: a) os limites dos poderes; b) os limites das funções do Estado. A doutrina liberal compreende a ambos, embora possam eles ser tratados separadamente, um excluindo o outro. O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo. Embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de direito quanto como Estado mínimo (...). Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se então dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo (...). Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens. (...) Quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linhas de princípio “invioláveis”. Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. Desses mecanismos os mais importantes são: 1) o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo; ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe o Poder Executivo, por parte do parlamento, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política; 2) o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis; 3) uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e em seus graus com respeito ao governo central; 4) uma magistratura independente do poder político. (...) Os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de Direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos do poder. Em outras palavras, são garantias de liberdade, da assim chamada liberdade negativa, “entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja” (BOBBIO, 2006, p. 20).

E prossegue: “um governo democrático não dá vida necessariamente a um Estado liberal: ao contrário, o Estado liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal” (BOBBIO, 2006, p. 9)

O pressuposto filosófico do Estado liberal, para Norberto Bobbio (2006, p. 11), entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo).

Prosseguindo o autor define o termo jusnaturalismo:

(...) doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detém o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros.(...) Pode-se definir o jusnaturalismo como a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral e jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais. Falou-se do jusnaturalismo como pressuposto “filosófico” do liberalismo porque ele serve para fundar os limites do poder à base de uma concepção geral e hipotética da natureza do homem que prescinde de toda verificação empírica e de toda prova histórica (BOBBIO, 2006, p.11/12).

Uma vez definida a liberdade no sentido predominante da doutrina liberal como liberdade em relação ao Estado, o processo de formação do Estado liberal pode ser identificado com o progressivo alargamento da esfera da liberdade dos indivíduos, diante dos poderes públicos, com a progressiva emancipação da sociedade ou da sociedade civil (BOBBIO, 2006, p. 22).

As duas principais esferas nas quais ocorre essa emancipação são a esfera religiosa ou em geral espiritual e a esfera econômica ou dos interesses materiais. (...) É um fato que a história do Estado liberal coincide, de um lado, com o fim dos Estados confessionais e com a formação do Estado

³ Para Norberto Bobbio (2006, p. 8), por democracia entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia.

neutro ou agnóstico quanto às crenças religiosas de seus cidadãos, e, de outro lado, com o fim dos privilégios e dos vínculos feudais e com a exigência de livre disposição dos bens e da liberdade de troca, que assinala o nascimento e o desenvolvimento da sociedade mercantil burguesa. (BOBBIO, 2006, p. 22).

Sob esse aspecto, a concepção liberal do Estado contrapõe-se às várias formas de paternalismo, segundo as quais o Estado deve tomar conta de seus súditos tal como o pai de seus filhos, posto que os súditos são considerados como perenemente menores de idade (BOBBIO, 2006, p. 22).

De acordo com Zippelius (1994, p. 376), convergiram a teoria filosófica da autonomia moral do indivíduo, a exigência política de direitos e liberdades fundamentais do indivíduo e a teoria do liberalismo econômico no sentido de que através de uma defesa adequada dos interesses próprios que se confrontam em livre concorrência se desenvolveria por si mesma uma vida econômica equilibrada.

Com efeito, convém citar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 50):

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (...), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que são dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou de oposição” perante o Estado. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletivas (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação política, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando de tal sorte, a íntima relação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria. Em suma, como relembra P. Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em suma maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados.

Deste modo, pode-se dizer que o liberalismo foi o primeiro modelo de Estado jurídico guardião das liberdades individuais. A burguesia, classe dominada a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social (BONAVIDES, 1980, p.5).

E tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe (BONAVIDES, 1980, p.5).

Com isso, deu-se a vitória do Estado burguês de Direito, e resguardaram-se os direitos da liberdade. Outrossim, essa liberdade era necessária para os burgueses se manterem no comando do poder, haja vista que como já foi dito, apenas formalmente esta liberdade se estendia às demais classes sociais.

Ocorre que para a “burguesia isso não incidia em dano algum, muito pelo contrário, advinha vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e assim concorrer ostensivamente, por via democrática à vontade geral” (BONAVIDES, 1980, p. 8).

E ainda preleciona o ilustre autor:

Permitia, ademais, à burguesia, falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto, como já assinalamos, se apresentavam do ponto de vista teórico válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade tivesse bom número deles vigência tão somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir (BONAVIDES, 1980, p. 8).

De tal modo, buscando proteger os direitos da liberdade e limitar a soberania, surgiu a idéia da separação dos poderes, estando ligado à organização do poder no Estado.

Esta teoria da tripartição dos poderes é uma contribuição de Locke e Montesquieu (GIERKE citado por BONAVIDES, 1980, p. 9).

Locke propõe uma separação impondo limite ao Poder Executivo e Legislativo para conter o poder o Estado. Destarte, o poder Legislativo deveria preservar o povo, e por isso estava impedido de agir arbitrariamente sobre os homens. Já o Poder Executivo estava subordinado ao Poder Legislativo, devendo prestar contas e executar leis aprovadas. Assim dizia Locke:

Embora em uma comunidade constituída, erguida sobre sua própria base e atuando de acordo com a sua própria natureza, isto é, agindo no sentido da preservação da comunidade, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ficar subordinado, contudo, sendo o legislativo somente um poder fiduciário destinado a entrar em ação para certos fins, cabe ainda ao povo um poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando é levado a verificar que age contrariamente ao encargo que lhe confiaram. Porque sendo limitado qualquer poder concedido como encargo para conseguir-se certo objetivo, por esse mesmo objetivo, sempre que se despreza ou contraria manifestamente esse objetivo, a ele se perde o direito necessariamente, e o poder retorna às mãos dos que o concederam, que poderão colocá-lo onde o julguem melhor para a garantia ou segurança próprias. E, nessas condições, a comunidade conserva perpetuamente o poder supremo de se salvaguardar dos propósitos e atentados de quem quer que seja, mesmo dos legisladores, sempre que forem tão levianos ou maldosos que formulem planos contra as liberdades e propriedades dos súditos; porque, não tendo qualquer homem ou sociedade o poder de renunciar à própria preservação, ou conseqüentemente os meios de fazê-lo, a favor da vontade absoluta e domínio arbitrário de outrem, sempre que alguém experimente trazê-los a semelhante situação de escravidão, terão sempre o direito de preservar o que não tinham o poder de alienar, e de livrar-se dos que invadem esta lei fundamental, sagrada e inalterável da própria preservação em virtude da qual entraram em sociedade. E assim pode dizer-se neste particular que a comunidade é sempre o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, porquanto este poder do povo não pode nunca ter lugar senão quando se dissolve o governo (LOCKE, 1978, p. 99).

Montesquieu (1987) tenta obter um equilíbrio no controle das três competências do Estado, quais sejam: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Como os astros eles caminham juntos, mas sem chocar-se, sendo autônomos e independentes no exercício da função. Para ele o homem não conseguia ser incorruptível, ele estava sujeito a todos os desatinos que o poder levava a cometer por força de sua própria natureza. Se um mesmo homem, ou mesmo corpo, de príncipes ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as demandas particulares, estaria tudo perdido. (MONTESQUIEU, 1987).

Montesquieu foi um clássico do liberalismo burguês. A sua doutrina da separação dos poderes corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem.

Esta separação e independência destes três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) é inteiramente declarado na Constituição escrita dos Estados Unidos da América.

Oportuno citar a lição de Norberto Bobbio:

Não é um acidente que, para além da célebre exposição da doutrina da separação dos poderes feita por Montesquieu (“Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” [1748, trad. it. I, p. 274]), a mais límpida e completa exposição da doutrina se encontre em algumas cartas do *Federalista* atribuídas a Madison, onde se lê que “o concentrar...de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, sejam estas as mãos de muitos, de poucos ou de um,...pode com bastante razão ser definido como a verdadeira ditadura [Hamilton, Jay e Madison 1787-trad. it. p. 370]. Contrariamente a uma opinião corrente que os próprios autores do *Federalista* se propõem a refutar, separação dos poderes quer dizer não que os três poderes devam ser reciprocamente independentes, mas que se deve excluir que quem possua todos os poderes de um determinado setor possua também todos os poderes de um outro, de modo a subverter o princípio sobre o qual se baseia uma constituição democrática, e que portanto é necessária uma certa independência entre os três poderes para que a cada um seja garantido o controle constitucional dos demais (BOBBIO, 2005, p. 100).

Para os federalistas, as estruturas internas estatais devem ser estabelecidas de forma a conter a tendência natural de abuso do poder pelo homem. Isto porque o homem possui a pior natureza, e precisa de controle, bem como ao Estado, com o fim de evitar a arbitrariedade e a tirania.

Nota-se assim que o Estado liberal burguês foi marcado pela liberdade individual e o engessamento do Estado, foi uma resposta a toda a tirania que o Estado vinha exercendo.

Procurou-se atingir o máximo do bem comum com a menor interferência possível do Estado na sociedade, o que se deu com maior ênfase na economia, posto que os comerciantes alegavam que a lei da oferta e da procura era capaz de impulsionar a economia e sustentar a sociedade por si só.

Acreditava-se que a dinâmica de produção, distribuição e consumo de bens era regida por leis naturais, e que ao Estado cabia somente a função de garantir o funcionamento destas leis.

A não intervenção do Estado refletiu também em outras áreas tornando sua presença imprescindível para corrigir os desequilíbrios sociais a que a sociedade foi submetida.⁴ As crises econômicas provocaram recessão e desemprego, provando que o caminho percorrido pela economia, sem freios, fora insuficiente para a evolução da sociedade e seu equilíbrio.

(...) fracassou a idéia optmista de um Estado que permitisse que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis. A benção de uma economia que se desenvolvesse sem intervenções nem restrições por parte do Estado revelou-se, para os milhares de operários apanhados pela engrenagem das novas fábricas e minas, como sistema de exploração desumana. Os empresários e operários eram, sem dúvida, juridicamente livres de celebrar e rescindir contratos de trabalho, mas em termos econômicos esta liberdade consistia para o operário na escolha entre trabalhar sob condições muitas vezes mais que indignas ou morrer de fome (ZIPPELIUS, 1994, p.379).

Continuando, o autor transcreve um trecho, de 1860, onde o *Daily Telegraph* de Londres escrevia:

“Às duas, três ou quatro horas da madrugada tiram as crianças de nove ou dez anos das suas camas sujas, obrigando-as a trabalhar pela sua mera subsistência até às dez, onze ou doze horas da noite, enquanto os seus membros se consomem, a sua figura se atrofia, a expressão das suas feições se perde e todo o seu ser humano se rigidifica completamente num torpor pétreo, sendo horrível desde logo o seu simples aspecto... O que se deve pensar de uma cidade que realiza um encontro público para reivindicar que o horário de trabalho para os homens fosse reduzido a dezoito horas diárias! (1994, p. 379)”

O Estado alegando que somente ele era capaz de regularizar a situação, veio em socorro dos comerciantes falidos e da grande massa desempregada, retomando novamente o

⁴ Quando se eliminam todas as medidas de favoritismo ou de limitação, estabelece-se por si mesmo o sistema claro e simples da liberdade natural. No seio desse sistema, cada indivíduo, desde que não ultrapasse os limites jurídicos, goza da liberdade total de prosseguir, como ele queira, os seus próprios interesses e de entrar em competição, com o seu trabalho e o seu capital, com o trabalho e o capital de outros Homens ou outros estratos sociais... De acordo com o sistema da liberdade natural, o poder do Estado fica apenas com três funções para cumprir, aliás três obrigações, de maior importância, mas simples e compreensíveis para o senso comum: em primeiro lugar, a obrigação de proteger a nação contra actos de violência e ataques de outras nações independentes; em segundo lugar, a obrigação de salvaguardar, na medida do possível, todos os membros da própria nação contra agressões ilegais dos seus concidadãos, ou seja, garantir uma jurisdição imparcial; e em terceiro lugar, a obrigação de criar e manter determinadas instituições públicas” (SMITH *apud* ZIPPELIUS, 1997, p. 377).

controle. Desta forma, o Estado diante dos anseios da sociedade, passa a submeter os governantes à vontade da lei.

E, como já foi dito, ocorreu uma ponderável concessão do despotismo ao poder emergente da burguesia, como classe social, vanguardeira da soberania, que apenas nominalmente recaiu sobre o povo, mostrando que a idéia central do liberalismo não é presença da vontade popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito (BONAVIDES, 1980, p.16).

Ademais, o princípio da igualdade no Estado liberal de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realiza na vida concreta.

Sinteticamente, os traços que definem o Estado de Direito, nas palavras de Antonio Henrique Pérez Luño, são:

“a) Una aparente despolitización del Estado, que, lejos, de proponerse la realización de fines políticos propios, aparece como un mero instrumento neutro y disponible para asegurar el *laissez faire*, esto es, para garantizar jurídicamente el libre juego de los intereses económicos. Para ello se consuma la fractura entre sociedad y Estado al independizar la organización y reproducción del poder político de cualquier conexión con la sociedad. Estos presupuestos se traducen, en la práctica, en la cobertura ideológica de los intereses de la burguesía. El Estado liberal de Derecho funciona como un Estado al servicio de la burguesía para lo que dificulta el ejercicio del derecho a los económicamente poderosos y reconoce una libertad e igualdad en el plano formal, que no tienen correspondencia en el social y económico. b) tendencia hacia la identificación del concepto del Estado de Derecho con el principio de legalidad, lo que implica el sometimiento de la Administración a la ley, así la como posibilidad del control jurisdiccional de sus actos. Ahora bien, la supresión de cualquier referencia al contenido material de la legalidad termina por conducir a una identificación absoluta entre legalidad y Estado de Derecho” (KELSEN *apud* PEREZ LUÑO, 1999, p. 223).

Destarte, as idéias liberais permaneceram hegemônicas até o fim do século XIX. A partir de então se vão atenuando e dando lugar a uma maior participação dos governos em setores como saúde e educação, com o objetivo de superar as desigualdades sociais.

1.2. A democracia de Rousseau

Com Jean Jacques Rousseau (1712-1778) nasceu a concepção democrática de Estado. Para ele existe uma condição natural dos homens, contudo uma condição de felicidade, de virtude e de liberdade, que, no entanto é apagada e destruída pela civilização, visto que esta perturba as relações humanas, pois os homens nascem livres e iguais, mas em todo lugar estão acorrentados (GRUPPI, 2000. p. 20).

Nas palavras de Rousseau (1997, p. 37): “O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros”.

Assim, nota-se que Rousseau acaba conferindo uma condição natural aos homens, ao dizer que eles nascem livres e iguais. Para ele, os homens não podem renunciar a esses bens essenciais de sua condição natural: a liberdade e a igualdade. A liberdade é direito inalienável e exigência essencial da própria natureza espiritual do homem.

Com ele, o princípio da liberdade constitui-se como norma, e não como fato; como imperativo e não como comprovação. Não é apenas uma negação de impedimentos, mas afirmação de um dever de realização de aptidões espirituais. Na consciência da liberdade revela-se a espiritualidade da alma humana; por isso é a exigência ética fundamental, e renunciar a ela é renunciar à própria qualidade de homem e “aos direitos da humanidade” (CHAUI, 1997, p. 18).

Conforme Rousseau (1997, p. 62), “renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há recompensa possível para quem a tudo renuncia”. E continua, “tal renúncia não se compadece com a natureza do homem, e destituir-se voluntariamente de toda e qualquer liberdade equivale a excluir a moralidade de suas ações”.

Deste modo, Rousseau (1997) distancia-se de todo individualismo, pois este supõe uma antítese entre cada um e a coletividade e estabelece o valor do indivíduo enquanto indivíduo e não enquanto homem. Rousseau, ao contrário reivindica a consciência da

dignidade do homem em geral e ilumina o valor universal da personalidade humana, cuja consciência moral não se traduz no sentimento particularista do amor-próprio, mas na universalidade do amor de si. Assim é que todos os cidadãos poderão chegar a identificar-se, por fim, com o Todo maior, sentir-se membros da pátria, amá-la com esse sentimento delicado que todo homem separado só tem para si mesmo.

A realização concreta do eu comum e da vontade geral implicam necessariamente um contrato social, ou seja, uma livre associação de seres humanos inteligentes, que deliberadamente resolvem formar um certo tipo de sociedade, à qual passam a prestar obediência. O contrato social seria, assim, a única base legítima para uma comunidade que deseja viver de acordo com os pressupostos da liberdade humana (CHAUÍ, 1997, p. 18).

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece. (...) a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa em torná-la onerosa para os demais. (...) Enfim, cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e maior força para conservar o que se tem. (...) Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”(ROUSSEAU, 1997, p. 70/71).

Para Rousseau a vontade geral é sempre dirigida para o bem comum.

A alienação total ao Estado envolve igualdade na medida em que a vontade geral não é autoridade externa obedecida pelo indivíduo a despeito de si mesmo, mas corporificação objetiva de sua própria natureza moral. Aceitando a autoridade da vontade geral, o cidadão não só passa a pertencer a um corpo moral coletivo, como adquire liberdade obedecendo a uma lei que prescreve para si mesmo. É por intermédio da lei apetitiva para seguir os ditames da razão e da consciência (CHAUÍ, 1997, p. 19).

E continua a autora:

A submissão à vontade geral, possuidora de “inflexibilidade que nenhuma força humana pode superar”, conduz a uma liberdade “que resguarda o homem do vício” e a uma “moralidade que o eleva até a virtude”. O indivíduo é, assim, invertido de uma outra espécie de bondade, aquela virtude genuína do homem, que não é um ser isolado mas parte de um grande todo. Liberto dos estreitos limites do seu próprio ser individual, encontra plenitude numa verdadeira experiência social de fraternidade e igualdade, junto a cidadãos que aceitam o mesmo ideal (CHAUI, 1997, p. 19)

Rousseau (1997, p. 86) afirma “que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade”.

Se não é, com efeito, impossível que uma vontade particular concorde com a vontade geral em certo ponto, é pelo menos impossível que tal acordo se estabeleça duradouro e constante, pois a vontade particular tende pela sua natureza às predileções e a vontade geral, à igualdade (ROUSSEAU, 1997, p. 86).

Ademais, a soberania também é indivisível, pois a vontade ou é geral ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e fez lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito, de um decreto (ROUSSEAU, 1997, p. 87).

Portanto, a concepção rousseauiana do direito político é essencialmente democrática, na medida em que faz depender toda autoridade e toda soberania de sua vinculação com o povo em sua totalidade. No mais, como acima visto, a soberania é inalienável e indivisível e, como base da própria liberdade, é algo que o povo não pode renunciar ou partilhar com os outros, sob pena de perda da dignidade humana.

A lei para Rousseau (1997, p. 107), como ato da vontade geral e expressão da soberania, é de vital importância, pois determina todo o destino do Estado.

Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular. Desse modo, a Lei poderá muito bem estatuir que haverá privilégios, mas ela não poderá concedê-los nominalmente a ninguém (...).

Neste contexto, os legisladores têm relevante papel, sendo investidos de qualidades quase divinas. É deles, segundo Rousseau (1997), que o cidadão “recebe, de certa forma, sua vida e seu ser” e transforma-se superando a existência independente, que usufrui no estado natural, e penetrando na vida moral como um ser comunitário. Os legisladores devem, assim, assemelhar-se aos deuses, mas perseguindo sempre o objetivo de servir às necessidades essenciais da natureza humana.

Prosseguindo, para Rousseau (1997, p. 150), “não será bom que aquele que faz as leis as execute, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos desígnios gerais para emprestá-la aos objetivos particulares. Nada mais perigoso que a influência de interesses privados nos negócios públicos”. E ainda entende o autor que:

“ (...) o abuso da lei pelo Governo é mal menor que do que a corrupção do legislador, consequência infalível dos desígnios particulares. Estando, então, o Estado alterado em sua substância, torna-se impossível qualquer reforma. Um povo que jamais abusasse do Governo, também não abusaria da independência; um povo, que sempre governasse bem, não teria necessidade de ser governado” (ROUSSEAU, 1997, p. 150).

Rousseau (1997, p. 151/152) defende a democracia direta sustentando que a “soberania não pode ser representada” e, portanto, “o povo inglês crê ser livre, mas se equivoca redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; tão logo são esses eleitos, ele volta a ser escravo, não é mais nada”.

O autor (1997, p. 152), entretanto, também estava convencido de que “uma verdadeira democracia jamais existiu, nem existirá”, pois, exige, acima de tudo, um Estado muito pequeno, “no qual seja fácil ao povo se reunir”; em segundo lugar, “uma grande simplicidade de costumes”, além do mais, “uma grande igualdade de condições e fortunas”, por fim, “pouco ou nada de luxo”. Donde era levado a concluir: “Se existisse um povo de deuses, seria governado democraticamente. Mas um governo assim perfeito não é feito para os homens”.

1.3. O princípio da igualdade no Estado social

Ao termo das considerações expostas, o Estado social é herdeiro de uma era liberal que pretendia garantir a cada um o máximo de desenvolvimento individual e empresarial, bem como restringir e controlar a ação do Estado.

Porém, mostrou-se, como já foi dito, que especialmente na sociedade industrial foi indispensável a atuação do Estado, com o fim de evitar que a liberdade de um indivíduo interferisse em medida intolerável na liberdade do outro.

Ademais, os graves problemas sociais e econômicos, bem como a constatação de que a consagração formal da liberdade e do princípio da igualdade careciam de efetividade, visto que na prática estas se mostravam inexistentes, geraram movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

No discurso de Paulo Bonavides,

Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce aí a noção contemporânea de Estado social.

A liberdade política como liberdade restrita era inoperante, isto é, não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam na margem da vida, despossados de quase todos os bens (BONAVIDES, 1980, p. 211).

Todavia, após a comunicação desta liberdade política a todos, como veio a acontecer, ocorreu um enfraquecimento reconhecível da teoria liberal.

O reconhecimento geral da teoria política, com um mínimo de restrição, isto é, mediante o sufrágio universal, não foi o fruto altruístico e amistoso da munificência liberal. (...) Foi uma das mais penosas conquistas revolucionárias (...) Mas conquista que, do ponto de vista do liberalismo clássico, implicou em irreparável derrota, que liquidou para sempre os anseios burgueses de estratificação da ordem ou do *status quo* político (...)

os individualistas da velha burguesia capitalista, tiveram que depor a arma mais poderosa de sua conservação política – o sufrágio censitário. (...) Ao arrebatado o sufrágio universal, o quarto estado ingressava de fato na democracia política e o liberalismo, por sua vez, dava mais um passo para o desaparecimento, numa decadência, que deixou de ser apenas doutrinária, para se converter então em decadência efetiva, com a plena ingerência do Estado na ordem econômica (BONAVIDES, 1980, 212).

Prosseguindo, a nova distintiva dos direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social” (SARLET, 2001, p. 51).

Outrossim, não se trata mais de liberdade do e perante o estado, como o era no estado de direito, mas sim na liberdade por intermédio do Estado.

Estes direitos fundamentais, caracterizam-se, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (SARLET, 2001, P.51).

E em seguida preleciona Ingo Wolfgang Sarlet:

É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. (...) 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 (SARLET, 2001, p. 52).

Nota-se que o princípio da igualdade de tratamento converte-se em veículo para obter além de uma igualdade jurídica meramente formal, um aplainamento social e sobretudo econômico. Desta forma, o Estado é rotulado cada vez mais como gestor do bem-estar geral e da justiça social.

No âmbito de um Estado social de Direito (...) os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material (SARLET, 2002, p. 65).

Importante também lembrar que além das transformações acima expostas, o princípio da separação dos poderes também foi reinterpretado.

Em relação ao Poder Executivo foram atribuídos novos mecanismos jurídicos e legislativos de intervenção direta e imediata na sociedade civil e na economia, em nome do interesse coletivo, e, portanto, social.

Ao Poder Legislativo foi incumbido fiscalizar a atividade da Administração Pública e a atuação econômica do Estado, ou seja, exercia função de controle, além de suas atividades peculiares.

A preocupação com a materialização dos direitos refletiu também no surgimento de novas teorias acerca da interpretação que não mais prendiam o juiz a uma aplicação mecânica da norma ao fato; ganharam terreno técnicas de interpretação teleológicas, históricas e sistêmicas, que rejeitaram o sentido subjetivo da vontade do legislador para buscar o sentido objetivo da lei (CARVALHO NETTO, 2000, p. 481).

No entanto, este Estado Social, que visava criar uma situação de bem-estar geral, além de garantir o desenvolvimento da pessoa humana, não foi capaz de assegurar a justiça social, nem tampouco a real participação democrática do povo no processo político.

1.4. O princípio da igualdade no Estado democrático brasileiro

Das considerações supras, foi constatado que no Estado liberal era nítido o culto ao individualismo, em cuja política espontou o indivíduo soberano, a limitação da autoridade estatal pela limitação dos poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais.

Contudo, segundo Elias Díaz (1973, p. 96) o “Estado de direito transforma-se em

Estado social de direito, onde o qualitativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”.

No entanto, como já mencionado, o Estado social foi incapaz de solucionar as desigualdades sociais, evitando assim, discriminações.

Assim, surge o Estado Democrático de Direito. A Constituição acolhe os dois princípios, quais sejam: O Democrático e o do Estado de Direito⁵.

Nas palavras do ilustre J. J. Gomes Canotilho:

O Estado Constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma Constituição” e “Estados que não tem uma Constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como *Estado de Direito Democrático*, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado Constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do direito constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos” (CANOTILHO, 1999, p. 94).

O processo de democratização do Estado surgiu com o fim precípua de cumprir tarefas de cunho social, o que era imprescindível.

Ademais, além da mera submissão à lei deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Assim, o “conceito de Estado democrático não é um conceito formal, técnico, onde se dispõe um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos” (BASTOS, 1999, p. 157). Pode-se dizer que a democracia é algo dinâmico, em constante aprimoramento, sendo válido dizer que nunca foi inteiramente alcançada.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, a democracia, conforme artigo 3º, I, e artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, há de ser um processo de

⁵ Canotilho (1999) entende que a componente do Estado de Direito e do Estado democrático, não podem ser separadas uma da outra. Para ele, o Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é de direito, e o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é Estado de direito.

convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária, cujo poder é emanado do povo, diretamente ou por representantes eleitos (princípio da soberania popular).

J. J. Canotilho (1999) trata deste princípio da soberania popular. De acordo com ele, a soberania popular (o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo) existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes. Deste modo, uma constituição material, formal e procedimentalmente legitimada, é quem fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela quem determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais as decisões e as manifestações de vontade do povo são jurídica e politicamente relevantes.

A democracia há de ser ainda pluralista e participativa⁶, bem como um processo de liberação da pessoa humana das formas de abuso que não dependem apenas do reconhecimento formal de certos valores individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

O legislador constituinte cunhou a expressão Estado Democrático de Direito, no artigo 1º da Constituição Federal, demonstrando que se pretendia um país governado e administrado por poderes legítimos, submissos a lei e obedientes aos princípios democráticos fundamentais⁷.

É pluralista porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade (SILVA, 1997, p. 120). Convém observar os arts. 1º, V; 17; 206, III, da Constituição Federal de 1988. A democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder, a participação democrática dos cidadãos, o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (CANOTILHO, 1999, p. 282).

⁷ Os princípios democráticos fundamentais do Estado Democrático de Direito são: princípio da constitucionalidade, através do qual se exprime que o Estado democrático de direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida e emanada da vontade popular; princípio democrático, que há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista e que garanta a eficácia dos direitos fundamentais; sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos e culturais (títulos II, VII e VIII); princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e I); princípio da divisão dos poderes; princípio da justiça social, referido no artigo 170, *caput*, e no artigo 193, como princípio da ordem econômica e social; princípio da segurança jurídica,

Democracia é aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular do objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo. (BONAVIDES, 1996, p.17)

E ainda, de acordo com Menelick de Carvalho Netto (1999), na democracia são retomados os direitos de primeira geração⁸ como direitos de participação no debate público, e revestidos de conotação processual, informam a soberania do paradigma constitucional do Estado democrático de direito, e seu direito participativo, pluralista e aberto.

Com efeito, no que tange ao princípio da separação dos poderes, e este é hoje considerado um princípio fundamental, cada um dos três órgãos (Executivo, Legislativo e Judiciário) são obrigados a realizar atividades que tipicamente não seriam suas. Isso para evitar que um destes poderes não interfira nas competências dos outros.

Nessa perspectiva, salienta Canotilho,

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação dos poderes transporta duas dimensões complementares: 1) a separação como divisão, controle e limite do poder – dimensão negativa; 2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendentes a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. O princípio da separação como forma e meio de *limite do poder* (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos. O princípio da separação como *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de uma poder (CANOTILHO, 1999, p. 95).

previsto no artigo 5º, nos incisos XXXVI a LXXIII e princípio da legalidade, expresso no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 1997).

⁸ Assumem particular relevo no rol no rol dos direitos de primeira geração, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc), e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria. Em suma, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados (SARLET, 2001. p. 50/51).

O Estado Democrático de Direito, sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas de uma lei que efetive o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da equalização das condições dos socialmente desiguais.

Neste patamar, convém destacar a imbricação dos direitos fundamentais com o ideal de democracia, citando as idéias de Ingo Wolfgang Sarlet (2001. p. 64):

(...) os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito da igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade, na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade.

O autor afirma que a liberdade de participação política do cidadão, com possibilidade de intervir no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (igual acesso aos cargos públicos, direito de voto, etc), constitui, evidentemente, complemento indissociável das demais liberdades.

Os direitos fundamentais constituem o estado democrático de direito, que nada mais é que um aperfeiçoamento do clássico conceito do Estado de direito, visto que este, por si só, não mais bastava para a identificação do regime democrático, cuja função principal, como já evidenciado, consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.

Neste mesmo sentido J. J. Gomes Canotilho (1999), alega que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do regime democrático.

Segundo o autor:

Os direitos fundamentais tem uma função democrática dado que o exercício democrático do poder significa: 1) a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); 2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por exemplo, direitos constitutivos do próprio

princípio democrático); 3) co-envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural. (CANOTILHO, 1999, p. 284).

Nestas condições, nota-se que o Estado de direito não foi capaz de realizar materialmente as necessidades reais da sociedade, e que ainda, o Estado social, devido a aparição de fenômenos claramente contrários a esta aspiração social (centralismo do Estado, marcadas desigualdades sociais e econômicas, manipulação da opinião pública através da classe média), apontou o aparecimento do Estado democrático de direito, que na verdade, nada mais é do que a íntima e necessária conexão dos princípios democrático e social com o Estado de direito.

Oportuno citar o enunciado de Antonio Enrique Pérez Luño (PEREZ LUÑO, 1999, p. 224), que assevera:

(...) la orientación democrática del Estado social de Derecho no puede entrañar, en modo alguno, una renuncia a las garantías jurídico-formales del Estado de Derecho. La simbiosis entre los principios social y democrático y el Estado de Derecho se lleva a cabo de acuerdo con lo precrito en la Constitución, por lo que la estatalidad social y democrática sigue manteniendo el principio de la primacía del derecho. El abandono de la concepción formalista del Estado de Derecho, de signo marcadamente conservador, no implica, por tanto, sustraer la actividad de los poderes públicos del sometimiento estricto al principio de legalidad, sino que tiende a evitar que la normatividad constitucional pueda quedar vacía de contenido o falta de eficacia.

De acordo com as assertivas expostas, verificou-se que o “elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder, foi também reclamado pela necessidade de legitimação⁹ deste poder” (CANOTILHO, 1999, p. 96).

E, ainda conforme o autor, o Estado “impolítico” do Estado de direito não responde de onde vem o poder. Mas, com o princípio da soberania popular (o poder vem do povo), é garantido o direito de igual participação na formação democrática da vontade popular. Desta forma, este princípio serve de espelho entre o Estado de direito e o Estado democrático.

⁹ Uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do direito político; outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político (CANOTILHO, 1999, p. 96).

Assim, como visto no decorrer deste capítulo, o Estado liberal despontou os indivíduos para um ideal igualitário, porém para uma igualdade puramente formal. Ademais, pretendia garantir a cada indivíduo o máximo de desenvolvimento individual e empresarial, bem como restringir e controlar a ação do Estado.

Mas, sobretudo, mostrou-se a necessidade de efetivação do princípio da igualdade, porém de uma igualdade material, para acabar com as desigualdades sociais, bem como notou-se a necessidade de regulações estatais, posto que deve-se traçar limites ao egoísmo e ao ímpeto de desenvolvimento das pessoas para que a liberdade de uns não interfira de modo insuportável na liberdade de outros.

Ao Estado democrático coube criar mecanismos e normas capazes de implementar o princípio da isonomia, e assim, proporcionar à sociedade melhor qualidade de vida, realizando verdadeiramente a justiça social. Somente deste modo estar-se-á diante da verdadeira democracia.

No entanto, como se verificará no segundo capítulo, grande parte dos estudiosos alegam que a democracia se limita ao reconhecimento de determinadas regras do jogo democrático, quais sejam: pluralismo partidário, voto direto, secreto, universal e periódico, entre outras, esquecendo-se muitos da teoria clássica da democracia (governo para o povo e pelo povo), entendida em termos de um projeto econômico igualitário.

CAPÍTULO II - A DEMOCRACIA E AS PERSPECTIVAS TEÓRICAS

2.1. Modelo hegemônico

A profunda disputa referente a democracia deu-se com maior efetividade no século XX. Essa disputa, travada ao final de cada uma das guerras mundiais e ao longo do período da guerra fria, culminou em uma proposta de democracia onde a participação e a soberania se encontram restritas em função de um consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos.

Essa foi a forma *hegemônica* de prática da democracia no pós-guerra, em particular nos países que se tornaram democráticos após a segunda onda de democratização. (SANTOS, 2002).

Em meados do século XX, passou a prevalecer no ocidente o modelo de democracia chamado “modelo elitista-pluralista” também denominado por C. B. Macpherson (1997, p. 82) de “modelo de equilíbrio elitista e pluralista”:

(...) é pluralista porque parte da pressuposição de que a sociedade a que se deve ajustar um sistema político democrático é uma sociedade plural, isto é, uma sociedade consistindo de indivíduos, cada um dos quais é impelido a muitas direções por seus muitos interesses, ora associado com um grupo de companheiros, ora com outro. É elitista naquilo que atribui a principal função no processo político a grupos auto-escolhidos de dirigentes. É um modelo de equilíbrio no que apresenta o processo democrático como um sistema que mantém certo equilíbrio entre a procura e a oferta de bens políticos.

Deste modo, a democracia não seria uma espécie de sociedade e nem um conjunto de fins morais, e sim um mecanismo para escolher e autorizar governos. Para Macpherson (1977, p.82), esse mecanismo consistiria em uma competição entre dois ou mais grupos escolhidos

por si mesmos de políticos (elites), grupados em partidos políticos, para os votos que os qualificarão a governar até as eleições seguintes.

Joseph Schumpeter em *Capitalismo, Socialismo e Democracia* formulou pela primeira vez este modelo em 1942, adentrando no campo da ciência política, e elaborando os fundamentos para analisar o regime político democrático, tendo como ponto de partida a observação e descrição do que realmente pode ser observado na realidade concreta.

O autor entende que a democracia é um procedimento ou método de escolha de lideranças, que deve governar a sociedade moderna, direcionando os difíceis assuntos públicos.

Assim, percebemos que o autor desvincula a sua definição de democracia da teoria clássica, cuja questão principal seria a democracia como o governo para o povo e pelo povo, ou seja, um regime onde o fundamental seria a realização da vontade popular, e assim ao povo caberia a decisão das questões públicas e políticas mais relevantes¹⁰. Conforme Schumpeter (1975, p.305):

Sustenta-se, pois, que existe um bem comum, o farol orientador da política, sempre fácil de definir e de entender por todas as pessoas normais, mediante uma explicação racional. Não há, por conseguinte, razão para não entendê-lo e, de fato, nenhuma explicação para a existência dos que não o compreendem (...). Ademais, esse bem comum implica soluções definitivas de todas as questões, de maneira que todo o fenômeno social e toda medida tomada ou a ser tomada podem inequivocamente ser tachados de bons ou maus. O povo deve admitir também, em princípio pelo menos, que há também uma vontade comum (a vontade de todas as pessoas sensatas) que corresponde exatamente ao interesse, bem estar ou felicidade comuns.

No entanto, o autor, confia ser inexecutável uma proposta democrática que depende de elementos inexistentes, como uma *vontade geral* ou *bem comum*:

Não há, para começar, um bem comum inequivocamente determinado que o povo aceite ou que possa aceitar por força de argumentação racional. Não se deve isso primariamente ao fato de que as pessoas podem desejar outras coisas que não o bem comum, mas pela razão muito mais fundamental de que, para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum provavelmente significará coisas muito diversas (SCHUMPETER, 1975, p. 307).

¹⁰ Pela fórmula de Lincoln, “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

O autor inverte os elementos desta equação política e, a eleição dos governantes que deveriam tomar as decisões, e que na teoria clássica era um elemento secundário, passa a ocupar o papel de protagonista na definição do que é e do que não é uma democracia. Desta forma, o povo soberano do modelo anterior, tem como principal missão “(...) formar um governo, ou corpo intermediário, que por seu turno, formará o executivo nacional, ou governo (...)” (SCHUMPETER, 1961, p. 327).

A democracia passa a ser entendida então, como um sistema de instituições que regula uma competição entre os indivíduos pelos postos deste corpo intermediário que irá tomar realmente as decisões políticas.

O que definiria um país como “de regime democrático” ou não, seria a existência de um determinado método ou procedimento, por meio do qual os homens se lançariam a busca de votos, em uma competição regulamentada por algumas regras previamente definidas e aceitas por todos. Conforme arrazoia Schumpeter:

o papel do povo é formar um governo (...) o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor (SCHUMPETER, 1975, p. 327-328).

A ênfase atribuída por Schumpeter à disputa política sugere que as condições mínimas de democratização realizam-se quando se estabelece algum tipo de acordo ou compromisso básico para que a escolha a respeito de *quem* governa se faça através de eleições livres e competitivas.

Adam Przeworski e colaboradores (1997, p.131) também defendem esta posição, a definição *minimalista*, segundo a qual “a democracia (...) é um regime no qual os cargos governamentais são preenchidos em decorrência de eleições competitivas”, isto é, em uma democracia, deve haver mais de um partido e serem eleitos o chefe de governo e o legislativo.

É evidente que tais acepções de democracia permeiam a competição dos políticos por cargos públicos, sendo que, o papel dos cidadãos, fica restrito a escolher conjuntos de políticos em épocas eleitorais:

(...) a democracia não significa nem pode significar que o povo realmente governa em qualquer dos sentidos tradicionais das palavras *povo* e *governo* [grifos do autor]. A democracia significa apenas que o povo tem oportunidade de aceitar ou recusar aqueles que o governarão. Mas, uma vez que deve decidir isso de maneira inteiramente não democrática, devemos limitar nossa definição, acrescentando-lhe um outro critério para a identificação do método democrático, isto é, a concorrência livre entre possíveis líderes pelo voto do eleitorado. Um dos aspectos desta definição pode ser expressado se dizemos que a democracia é o governo dos políticos. (SCHUMPETER, 1975, p. 346).

Schumpeter estabeleceu um método democrático que pressupõe, também, algumas condições para seu fiel funcionamento, quais sejam:

1^a) líderes altamente qualificados. Para o autor, há muitas formas de se obter o concurso de políticos de boa qualidade, e isso pode ser garantido pela existência de uma camada social, fruto de um processo rigorosamente seletivo, que aceita a política como algo natural. (SCHUMPETER, 1975, p. 353).

2^a) campo estreito de decisões políticas, ou seja, a máquina democrática não deve se ater aos assuntos inteligíveis pelo povo e sobre os quais tivessem opinião formada. Afirma ele: “a democracia não necessita que todas as funções do Estado sejam sujeitas ao seu método político”. (SCHUMPETER, 1975, p. 355).

3^a) burocracia hábil. O governo democrático deve contar com uma burocracia bem treinada que desfrute de “boa posição e tradição e seja dotada ainda de um forte sentido de dever e um não menos *esprit de corpus*. Tal burocracia constitui o maior desmentido do falado governo de amadores” (SCHUMPETER, 1975, p. 355). Não basta que a democracia seja eficiente na administração, antes disso ela deve ser forte para guiar e instruir os políticos.

4^a) autocontrole democrático. O método democrático só pode funcionar quando todos os grupos importantes da nação estiverem dispostos a aceitar todas as medidas legislativas e

ordens governamentais, assim, “as forças do governo devem aceitar-lhe a liderança e permitir-lhe formular e executar um programa e a oposição deve também aceitar a direção de seu GABINETE POTENCIAL e deixar que este trave a luta política com observância de certas regras”. (SCHUMPETER, 1975, p. 357).

Schumpeter entende ainda por autocontrole que,

“os eleitores comuns devem respeitar a divisão de trabalho entre si e os políticos que elegem. Não devem retirar com excessiva facilidade a confiança entre eleições e necessitam compreender que, uma vez tendo eleito determinado cidadão, a ação política passa a ser dele e não sua”. (SCHUMPETER, 1975, p. 357).

Esse modelo esvazia o conteúdo moral da democracia, à medida que se oferece como um enunciado do que o sistema vigente realmente é, onde, “a participação não é um valor em si mesmo, nem mesmo um valor instrumental para a realização de um mais elevado, mais socialmente consciente conjunto de seres humanos. O propósito da democracia é registrar os desejos do povo tais como são e não contribuir para o que ele poderia ser ou desejaria ser” (MACPHERSON, 1977, p. 83).

Segundo Macpherson seria a democracia similar a um mecanismo de mercado, onde “os partidos políticos correspondem às empresas, as promessas eleitorais são as mercadorias, os eleitores são os consumidores e o voto corresponde a moeda de compra das promessas políticas” (MACHADO, 2004, p. 64). E o motor do sistema, que garantiria seu equilíbrio, seria a competição entre os políticos pelos votos dos cidadãos (consumidores políticos com as mais diversas necessidades e exigências).

Os partidos políticos teriam importante papel neste sentido, haja vista que seriam eles os responsáveis pela produção das demandas políticas. Como as demandas são diversas, caberia aos partidos políticos produzirem uma vontade majoritária dentre as várias demandas do mercado político (MACHADO, 2004, p. 67).

Os votantes, portanto, ao escolherem entre os partidos, manifestariam seu desejo por um punhado de bens políticos em preferência a outros e, os fornecedores destes bens que

obtivessem mais votos seriam os dirigentes autorizados até a próxima eleição. (MACPHERSON, 1977, p. 82).

Resumidamente, a definição proposta por Schumpeter do processo democrático, idealiza a democracia como um método de adquirir poder por meio da disputa eleitoral entre os candidatos a cargos políticos, através da decisão dos cidadãos, por meio de seus votos em épocas de eleições.

Seguindo as idéias propostas por Schumpeter, contribuições como a do teórico Robert A. Dahl colaboraram para fixar a definição de que o regime democrático pressupõe o estabelecimento de um acordo entre os atores políticos a respeito da disputa pacífica pelo poder; esse acordo ou compromisso se expressa em um conjunto mínimo de regras de procedimento, cujo núcleo central, segundo José Álvaro Moisés (1994, p. 95), é a aceitação da tolerância em face da pluralidade de interesses, identidades e concepções sobre as relações entre a sociedade e a política.

Nos termos do famoso axioma proposto por Dahl na sua análise das *poliarquias*, esse acordo expressaria o consenso dos diferentes contendores de que os custos da repressão, isto é, da supressão da oposição, são mais altos do que aqueles relativos à aceitação da sua coexistência, ou seja, “quanto mais os custos da supressão excederem os custos da tolerância, tanto maior a possibilidade de um regime competitivo” (DAHL, 1997, p. 37).

O conceito teórico de *poliarquia*, proposto por Dahl, busca descrever a forma que a democracia pode assumir empiricamente no mundo moderno, caracterizada acima de tudo pela diversidade das condições sociais, culturais e econômicas dos indivíduos e pela multiplicidade de interesses em jogo, e as condições necessárias e suficientes para seu estabelecimento (DAHL, 1997).

Dahl assegura que a democracia se compõe como um sistema ideal, mas que não existe de fato e se utiliza da *poliarquia* ao se reportar às democracias reais, ou seja, regimes políticos relativamente democratizados.

Para o autor (1989, p.67), esse conceito visa superar os modelos prescritivos de democracia nos quais o ideal político a ser alcançado é destituído de vínculos com as condições sociais reais e estabelece critérios empiricamente observáveis para uma operacionalização conceitual capaz de unir o “método da maximização”, entendido como um valor ou meta a ser alcançado, e o “método descritivo”, ou seja, as condições necessárias existentes no mundo real, capazes de maximizar o modelo proposto.

Destarte, a idéia de Dahl proporciona um modelo hipotético para o funcionamento da democracia e uma escala classificatória de regimes políticos onde a *poliarquia* compõe o ponto extremo da democratização.

De acordo com o modelo, uma das mais importantes características da *poliarquia* seria a responsabilidade do governo às preferências dos cidadãos, o que dependeria da oportunidade de os cidadãos formularem suas preferências, expressarem-nas aos demais cidadãos e ao governo através de ações individuais ou coletivas e terem-nas igualmente consideradas pelo governo (DAHL, 1997. p. 26).

Segundo Dahl, os requisitos para que essas condições sejam satisfeitas devem ser garantidas por oito condições institucionais antecipadamente estabelecidas: “1. liberdade de formar e aderir a organizações; 2. liberdade de expressão; 3. liberdade de voto; 4. elegibilidade para os cargos públicos; 5. direito dos líderes políticos disputarem apoio; 5. direito dos líderes políticos disputarem voto; 6. fontes alternativas de informação; 7. eleições livres e idôneas; 8. instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras formas de preferência” (DAHL, 1997, p. 27).

Deste modo, a participação política dos cidadãos nas *poliarquias* dar-se-ia através de procedimentos eleitorais ou atividades de associações de interesses, o que significa que elas são não só regimes de partidos políticos competitivos, como também pluralistas (DAHL, 1989).

A premissa básica da concepção pluralista, inerente ao modelo poliárquico, é a multiplicidade de centros de poder, distribuídos funcional e espacialmente em associações voluntárias de indivíduos que partilham interesses políticos, econômicos ou culturais, permitindo que os mesmos tenham a possibilidade de participar na formulação de políticas públicas e, assim, influenciar o processo decisório de acordo com seus interesses.

Norberto Bobbio (1986, p. 23) também partilha da idéia de uma sociedade com vários centros de poder, onde os grupos e não os indivíduos seriam os protagonistas da vida política em uma sociedade democrática, “na qual não existe mais o povo como unidade ideal, mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com sua relativa autonomia diante do governo central”. Segundo Bobbio:

(...) A realidade que temos diante dos olhos é a de uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder (a vontade geral de Rousseau) mas muitos outros, merecendo por isto o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliarquica (...). O modelo do estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade monística. A sociedade real, sotoposta aos governos democráticos, é pluralista (BOBBIO, 1986, p. 23)

Assim, a amplitude das condições institucionais e a extensão da proporção da população habilitada a exercê-las constituem-se, respectivamente, nos eixos da liberalização e da participação que permitem a classificação dos regimes políticos.

Dado que o aumento da contestação e da participação¹¹ amplia a probabilidade de alternância no poder entre governo e grupos de oposição e, assim, intensifica as possibilidades de conflito, as condições para o estabelecimento da *poliarquia* estão relacionadas à

¹¹ De acordo com Machado (2004, p. 72), a contestação pública implicaria na competição, discussão e disputa entre as diversas elites.

diminuição dos custos esperados de tolerância do governo em relação à oposição e com o aumento dos custos de eliminação da oposição.

No mesmo sentido está o entendimento de Przeworsky e colaboradores, segundo o qual um governo é democrático somente se a oposição estiver autorizada a competir, vencer e tomar posse dos cargos¹².

Tal disputa ocorre quando existe uma oposição que tem alguma possibilidade de chegar ao governo em decorrência de eleições. O preceito máximo de Przeworsky indica que “a democracia é um sistema no qual os partidos perdem as eleições”, portanto, “enquanto os governantes forem eleitos em eleições nas quais outros grupos tenham a chance de vencer e enquanto não usarem o poder dos seus cargos para eliminar a oposição, o fato de o chefe do Executivo ser um general ou um serviçal não acrescenta nenhuma informação relevante”.

Em outros termos :

Sempre que houve dúvida, classificamos como democracias apenas aqueles sistemas nos quais os partidos situacionistas realmente perderam eleições. A alternância no poder constitui uma evidência *prima facie* da disputa (PRZEWORSKI et al, 1997, p. 131).

Grande maioria dos autores da literatura de democratização vem adotando, apoiados nesta tradição Schumpeter / Dahl, uma definição de democracia que passou a ser apontada como *procedural mínima*, já que se refere basicamente a eleições livres, honestas e competitivas, a direitos civis e políticos.

Scott Mainwaring e colaboradores (2002, p. 645) são exemplos de autores que adotaram o *procedural mínimo* para a definição de regime democrático. Segundo os autores uma definição mínima é aquela que inclui todos os aspectos essenciais da democracia, mas não propriedades que não sejam necessariamente características da democracia, assim:

Uma definição é mínima quando todas as propriedades ou características de um ser que não são indispensáveis para a sua identificação são apresentadas como propriedades variáveis, hipotéticas –

¹² Os autores reconhecem que esta é uma definição minimalista da democracia, na medida em que centra seu foco nas eleições.

não como propriedades definidoras. Isso equivale a dizer que tudo o que ultrapassa uma caracterização mínima é deixado à verificação – não é declarado verdadeiro por definição (MAINWARING et al, 2002, p. 648).

Neste sentido, os autores entendem que a democracia representativa moderna tem quatro propriedades definidoras:

A democracia é um regime político: (a) que promove eleições competitivas livres e limpas para o Legislativo e o Executivo; (b) que pressupõe uma cidadania adulta abrangente; (c) que protege as liberdades civis e os direitos políticos; (d) no qual os governos eleitos de fato governam e os militares estão sob controle civil. Esta definição é minimalista procedural (MAINWARING et al, 2002, p. 645-646).

As duas primeiras premissas explicitadas pelos autores abrangem as dimensões clássicas analisadas por Dahl em Poliarquia (1997). A primeira diz respeito ao caráter competitivo e limpo em que devem estar pautadas as eleições¹³ do Executivo e Legislativo. Isso porque, segundo os autores, essas eleições são um ingrediente essencial à democracia representativa moderna, sendo que sua fraude e a coerção não podem determinar os resultados de eleições democráticas, as quais devem oferecer a possibilidade de alternância no poder.

A segunda premissa refere-se ao direito do voto, que deve ser extensivo à grande maioria da população adulta, sendo que haverá violação grave deste princípio quando uma grande parcela da população adulta for privada do direito de voto por motivos étnicos, de classe, de gênero, ou de nível de instrução.

A terceira propriedade alude a liberdades civis e políticas, ou seja, as democracias devem proteger direitos políticos e liberdades civis como a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão, a liberdade de organização, o direito ao hábeas corpus e outros. Como arrazoa os autores:

Mesmo que um governo seja escolhido em eleições livres e competitivas, com amplo sufrágio, na ausência de uma genuína garantia das liberdades civis, não poderá ser considerado democrático de acordo com o

¹³ Por eleições entende-se que a escolha foi feita em eleições diretas isentas ou por um grupo em sua maior parte escolhida em eleições diretas.

entendimento da palavra do mundo moderno (MAINWARING et al, 2002, p. 650).

A quarta propriedade das democracias formulada pelos autores, diz respeito ao poder genuíno de governar que devem possuir as autoridades eleitas, em oposição às situações em que os governantes eleitos são ofuscados pelos militares ou por alguma figura não eleita. Assim, “se as eleições são livres e limpas, mas elegem um governo que não consegue controlar as principais arenas políticas porque os militares ou alguma outra força o fazem, então o governo não é uma democracia” (MAINWARING et al, 2002, p. 650).

Os autores entendem que as quatro premissas acima devem estar presentes em uma definição de democracia, tornando-a mínima e completa. Eles afirmam que, “todos os quatro critérios são componentes necessários da democracia, sem os quais um regime não pode ser considerado democrático e que, nenhum outro aspecto, além desses, é indispensável para caracterizar uma democracia” (MAINWARING et al, 2002, p. 652).

Percebemos desta forma que a definição de democracia adotada por Mainwaring e colaboradores tem uma importante semelhança com a de Schumpeter, uma vez que se limita a questões procedimentais, focalizadas nas “regras do jogo”, ignorando resultados importantes como a igualdade social.

Guilherme O’Donnell (1998, p. 38), partilhando a mesma opinião dos autores supra citados, adverte que:

Uma definição que combina democracia com um grau substancial de justiça ou igualdade social não é útil em termos de análise. Além do mais, é perigosa, pois tende a condenar qualquer democracia existente e, portanto favorece o autoritarismo (...).

O’Donnell (1993, p. 124) entende o conceito de *poliarquia* de Dahl como o mais adequado para definir as democracias advindas com a queda de vários tipos “de sistemas autoritários” nas décadas de 70 e 80. De acordo com o autor, “entre as muitas definições de democracia oferecidas, penso que o conceito de *poliarquia* é especialmente útil ainda que necessite de alguns acréscimos (...)”.

Assim, O'Donnell entende que aos requisitos que compõe a *poliarquia*, em suma: eleições dos governantes, eleições livres e limpas, sufrágio universal, direito de concorrer aos cargos eletivos, liberdade de expressão, pluralismo de fontes de informação e liberdade de associação, sejam acrescentados outros três seguintes atributos:

- 1) autoridades eleitas não devem ser destituídas arbitrariamente, antes do fim de seus mandatos estabelecidos constitucionalmente;
- 2) os funcionários eleitos não devem estar sujeitos a restrições severas, vetos ou exclusão de certos domínios políticos por outros atores não eleitos, especialmente as forças armadas;
- 3) deve haver um território incontestado que defina claramente a população votante.

Da mesma forma que O'Donnell, Terry Karl e Phillippe Schmitter (1996) também adotam a definição mínima de democracia e lhe adicionam novo atributo relativo à autodeterminação do sistema político. Segundo os autores “este deve ser capaz de agir de forma independente, a salvo de constrangimentos impostos por algum outro sistema político” (SCHMITTER & KARL *apud* CASTRO SANTOS, 2001, p. 742).

Cabe ressaltar, que esta definição mínima de democracia, hoje adotada por grande parte dos autores que estudam a democracia, já havia sido defendida por Norberto Bobbio (1986, p. 18), em *O futuro da democracia: em defesa das regras do jogo*, onde o autor entende que a democracia deveria ser caracterizada “por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecessem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com *quais* procedimentos”.

Mais adiante, Bobbio ainda ressalva que partindo de uma definição procedimental de democracia, não se pode esquecer que um dos fatores desta interpretação, Joseph Schumpeter, acertou em cheio quando sustentou que a característica de um governo

democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites em concorrências entre si para a conquista do voto popular” (1986, p. 27).

Desta forma, embora tenha sido Schumpeter um dos primeiros a pensar a democracia como um procedimento ou método, não foi o único a defender esta idéia. Muitos cientistas políticos modernos incorporam esta definição, seja em sua versão original, seja dando origem a uma versão modificada, sustentando que a democracia é um projeto que se esgota na normalização das instituições políticas.

Outros, contudo, refutam a idéia do “procedimentalismo”, argumentando que ao se converter a democracia em um conjunto de regras de procedimentos para a formação das decisões coletivas, tende-se a esquecer que “nenhum conjunto de regras consegue definir socialmente práticas concretas, isto é, as atividades mediante as quais atores específicos interpretam, negociam e aplicam essas mesmas regras (NUN, 1992, p. 35).

2.2. Crítica ao modelo hegemônico

Conhecida a conceitualização schumpeteriana da democracia, bem como algumas de suas re-elaborações posteriores em termos da *poliarquia*, unificadas por variáveis como as eleições periódicas e/ou existência e funcionamento de partidos políticos, convém anotar ainda, a crítica a tais modelos, que os acusam de reduzir a democracia a “uma questão de método, dissociado completamente dos fins, valores e interesses que animam a luta dos atores coletivos” (BORON, 1994, p. 8).

Para os que compartilham essa perspectiva, a possibilidade de que a refundação da ordem democrática se esgote na simples reestruturação dos regimes políticos é motivo de

profunda preocupação, haja vista que tal concepção, ao centrar-se no sistema das regras do jogo, faz abstração dos conteúdos éticos da democracia e da natureza profunda dos antagonismos sociais. Deste modo:

O perigo reside então no progressivo esvaziamento de conteúdos e propósitos, como conseqüência do qual a democracia latino-americana ficaria convertida em uma caricatura monstruosa de si mesma, uma casca seca cuja majestade simbólica seria insuficiente para ocultar seu tremendo vazio. A democracia se converteria em uma pura forma e a vida social regrediria a uma situação “quase-hobbesiana” [grifos do autor], na qual a desigual privatização da violência e o desesperado “salve-se quem puder” [grifos do autor] ao qual se veriam empurrados os indefesos cidadãos agredidos pelo capitalismo selvagem daria lugar a todo tipo de comportamentos aberrantes. Este panorama já é visível, com desigual intensidade, em várias das novas democracias de nosso continente. O aumento da violência e a criminalidade, a decomposição social e a anomia, a crise e a fragmentação dos partidos políticos, a prepotência burocrática do Executivo, a capitulação do Congresso, a inanição da Justiça, a corrupção do aparato Estatal e da sociedade civil, a ineficácia do Estado, o isolamento da classe política, a impunidade para os grandes criminosos e “mão dura” [grifos do autor] para pequenos delinqüentes (...), o ressentimento e a frustração das massas constituem a síndrome dessa perigosa decadência institucional de uma democracia reduzida a uma fria gramática de poder e purgada de seus conteúdos éticos (BORON, 1994, p. 38).

Samuel Huntington (1994, p. 19), por outro lado, entende que uma concepção de democracia centrada em termos éticos expressaria uma conotação idealista, cujo significado implicaria em, “*liberte, égalite, fraternité*, efetivo controle civil sobre a política, governo responsável, honestidade e abertura na política, deliberação racional e bem informada, participação e poder igualitários e várias outras virtude cívicas”.

Segundo Huntington (1994, p. 19), tal significado trata, na maior parte, de coisas boas e pode-se, caso se queira, definir democracia nestes termos. No entanto, para o autor, tais normas são obscuras não produzindo análises proveitosas como as que resultam da concepção da democracia procedimental. Diz ele:

Eleições abertas, livres e imparciais são a essência da democracia, o inescapável *sine qua non*. Governos eleitos podem ser ineficientes, corruptos, de visão estreita, irresponsáveis, dominados por interesses específicos e incapazes de adotar as políticas exigidas pelo bem público. Tais características podem tornar tais governos indesejáveis mais não os tornam não-democráticos (HUNTINGTON, 1994, p. 19).

Huntington (1994, p. 17), analisando os sistemas políticos do século XX, entende como democráticas as situações em que “os principais tomadores de decisões coletivas sejam selecionados através de eleições periódicas, honestas e imparciais em que os candidatos concorram livremente pelos votos e em que virtualmente toda a população adulta tenha direito ao voto”, além disso, uma situação democrática, segundo o autor, “implica também a existência daquelas liberdades políticas e civis de expressão, publicação, reunião e organização, necessárias para o debate político e para a realização de campanhas eleitorais”.

Segundo Huntington (1994, p. 17), uma definição mínima (procedimental) da democracia seria vantajosa haja vista que,

permite que se defina um certo número de “curvas de nível” [grifos do autor], (...) que tornam possível avaliar até que ponto os sistemas políticos são democráticos, comparar os sistemas e analisar se eles estão se tornando mais ou menos democráticos.

Contudo, os que criticam a visão minimalista de Huntington, afirmam que o verdadeiro significado da democracia só pode ser compreendido se concebido como um projeto indivisível que repousa em duas exigências:

Por um lado, um conjunto de regras “certas” [grifos do autor] do jogo que permita institucionalizar - e provisoriamente resolver – os antagonismos sociais e chegar a resultados “incertos” [grifos do autor], isto é, nem sempre necessariamente favorável aos interesses das classes dominantes; por outro, a democracia também contém uma definição de “boa sociedade” [grifos do autor] que, dialeticamente, “finaliza no socialismo” [grifos nossos] (BORON, 1994, p. 8).

Essa postulação se articula em torno do ideal de igualdade e liberdade ou, mais precisamente,

a igualdade concreta dos produtores e a liberdade efetiva dos cidadãos – dos quais se derivam não só a imagem de uma “utopia positiva” [grifo do autor] mas também uma proposta de reforma social que suprima as flagrantes injustiças do capitalismo e oriente aos agentes sociais da transformação nos traiçoeiros labirintos da conjuntura (BORON, 1994, p. 9).

Isso porque, apesar de, em uma democracia burguesa, todos os cidadãos serem declarados iguais perante a lei¹⁴, (já que, em termos jurídicos, os direitos de cada cidadão são iguais aos de todos os outros), não se pode esquecer que na sociedade capitalista impera outro tipo de desigualdade, a desigualdade material. Uma vez, que ao mesmo tempo em que todos os cidadãos são iguais perante a lei, esta igualdade é apenas formal, haja vista que a relação de produção, dividindo a sociedade em classes, impede a igualdade material. Há uma posição entre a condição cívica e a posição de classe.

Assim, a liberdade deve perder seu caráter individualista e deve-se compreender que liberdade é cooperação, solidariedade e trabalho coletivo.

Desta forma, admite-se que o capitalismo tornou possível a concepção de uma democracia formal, onde a liberdade e a propriedade formam um par inseparável, e que, ao fim das contas democracia se identifica com liberalismo, ou seja, a democracia formal expressaria uma forma de igualdade civil que coexiste com a desigualdade social, capaz de deixar intocadas as relações entre as elites e a multidão de trabalhadores.

Este debate está apoiado na idéia de que na democracia capitalista igualdade política não somente coexiste com a desigualdade econômica, como a deixa fundamentalmente intacta.

Na democracia capitalista, a separação entre a condição cívica e a posição de classe opera em duas direções: a posição socioeconômica não determina o direito à cidadania – e é isso o democrático na democracia capitalista -, mas, como o poder do capitalista de apropriar-se do trabalho excedente dos trabalhadores não depende da condição jurídica ou civil privilegiada, a igualdade civil não afeta diretamente nem modifica significadamente a desigualdade de classe – e é isso que limita a democracia no capitalismo. As relações de classe entre capital e trabalho podem sobreviver até mesmo à igualdade jurídica e ao sufrágio universal (WOOD, 2003: p. 184).

¹⁴ E isso já constitui um avanço se comparado ao sistema feudal, onde a posição política era determinada pela posição social e econômica. O burguês (na época medieval), não podia participar de Assembléias, haja vista sua posição social e econômica. Na democracia burguesa, todos podem ser eleitos no parlamento, pois a lei é igual para todos.

Esse debate acerca dos aspectos substantivos e formais da democracia, ou seja, o nexo entre a igualdade de condições e a liberdade formal (puramente politicista), foi explorado pela primeira vez por Alexis de Tocqueville, em sua obra *A Democracia na América* (1979).

Como resultada dessa indagação Tocqueville (1979) extraiu duas conclusões: a primeira era a de que a democracia puramente formal não seria possível se não se baseasse na concepção generalizada da igualdade. Assim, a liberdade política, o pluralismo, a tolerância, dificilmente se firmariam em um solo que guardasse resquício de aristocracia e hierarquia. A segunda conclusão do autor é a de que, se, por uma lado, a igualdade é o terreno propício para o desenvolvimento da liberdade, ela também pode levar a uma forma inédita de despotismo.

O discurso de Tocqueville abre as portas para uma concepção de democracia, para uma conceitualização, que é não apenas política, mas social. A democracia alude a uma série de questões concernentes à natureza do regime político – representação, sufrágio, organização e limites do poder político – mas também à outras de natureza substantiva: a igualdade.

O ponto nodal do pensamento Tocquevilliano (1979) seria o seguinte: a igualdade, ou seja, o substantivo econômico, social, cultural e psicológico, da democracia, é compatível não apenas com a liberdade, e, portanto, com um regime democrático e igualitário em seus aspectos formais, igualdade também é compatível com a tirania, com o despotismo político.

O despotismo político, em Tocqueville (1979), se originaria do individualismo, próprio das sociedades “igualitárias burguesa”, ou seja, uma sociedade igualitária (formalmente), formada por indivíduos livres e independentes entre si, geraria o materialismo, onde os indivíduos encontrar-se-iam totalmente apegados aos seus próprios bens materiais e conforto pessoal.

Deste modo, uma sociedade onde os indivíduos estão apegados às suas posses e ao desfrute de seus bens materiais, passando a dedicar-se a seus assuntos privados, e conseqüentemente, abandonando os interesses pelos assuntos públicos, estaria condenada à

mediocridade política. Isso porque, o descaso pelas atividades públicas abriria espaço para o surgimento de um Estado que, primeiramente, se apoderaria de toda a administração pública, e depois, passaria a intervir nas liberdades fundamentais dos indivíduos.

A observação que se faz, partindo das idéias de Tocqueville, é a de que este materialismo elevado da sociedade democrática e formalmente igualitária é próprio do sistema capitalista, onde ninguém pode garantir a situação de cada um de seus membros. O indivíduo, no capitalismo, não possui nenhuma “garantia social” como a que tinha o “servo da gleba” no feudalismo. No capitalismo o indivíduo pode perder tudo sem contar com uma garantia social. O que explica a busca desesperada pelo bem estar material, única garantia real da “igualdade”. Assim:

Desta forma, alerta-se para a importância de conceber a democracia a partir de uma perspectiva histórica e estrutural, deste halo fetichista que a levou a ser concebida como uma “entidade etérea que flutua imutável acima dos conflitos sociais, das paixões e dos interesses que configuram a história da sociedade” (BORON, 1994, p. 18).

John Rawls (1993) em sua obra a Teoria da Justiça, trata da justiça social. Para ele, o principal tema da justiça é a estrutura básica da sociedade ou, mais exatamente, a maneira pela qual as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a partilha dos benefícios da cooperação social. Por instituições principais é entendida a constituição política, e os principais entendimentos econômicos e sociais.

A estrutura básica é o tema principal da justiça, pois seus efeitos são profundos e estão presentes desde o início. A noção intuitiva aqui é que esta estrutura contém várias posições sociais e que homens nascidos em posições diferentes terão diferentes expectativas de vida, considerando-se tanto o sistema político, como as circunstâncias econômicas e sociais (RAWLS, 1993, p. 157).

Para o autor, de certa forma, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais do que outros. Estas desigualdades são marcadas de forma especialmente profunda. “Estas últimas são não somente difundidas, mas também afetam as oportunidades

iniciais de cada homem em sua vida; ainda que não seja possível justificá-las, através de um apelo às noções de mérito ou merecimento” (RAWLS, 1993, p. 157).

E continua o autor complementando o seu raciocínio:

São estas desigualdades, presumivelmente inevitáveis dentro da estrutura de qualquer sociedade, às quais os princípios de justiça social devem, em primeira instância se aplicar. Estes princípios, então, regulam a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social. A justiça de uma estrutura social dependerá essencialmente da forma pela qual os direitos e deveres fundamentais forem designados, assim como da forma pela qual as oportunidades econômicas e as condições sociais forem atribuídas através dos vários setores da sociedade (RAWLS, 1993, p. 157).

Para Rawls (1993, p. 163) a justiça é regida por dois princípios. O primeiro dos dois princípios poderia ser formulado como segue: primeiro – cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade, sendo que esta última deve ser igual à dos outros e a mais extensa possível, na medida em que seja compatível com uma liberdade similar de outros indivíduos. Segundo – as desigualdades econômicas e sociais devem ser combinadas de forma a que ambas (a) correspondam à expectativa de que trarão vantagens para todos, e (b) que sejam ligadas a posições e a órgãos abertos a todos.

Num comentário geral, estes princípios se aplicam, principalmente à estrutura básica da sociedade (...). Eles deverão governar a atribuição de direitos e deveres, assim como regular a distribuição dos benefícios sócio-econômicos. Tal como está sugerido na formulação dos princípios, estes últimos pressupõem que a estrutura social pode ser dividida em aproximadamente, duas partes; o primeiro princípio se aplicando à primeira parte e o segundo princípio à segunda parte. Eles fazem uma distinção entre os dois aspectos do sistema social que definam e garantam a igualdade das liberdades entre os cidadãos e os que especifiquem e estabeleçam desigualdades econômicas e sociais. As liberdades básicas dos cidadãos são, de forma geral, a liberdade política (o direito de voto e a elegibilidade para cargos públicos) associada à liberdade de expressão e de reunião, a liberdade de consciência e de pensar, a liberdade pessoal associada ao direito à propriedade; e a liberdade de não ser preso arbitrariamente e de não ser retido fora das situações definidas pela lei. Estas liberdades são todas necessárias, para que a pessoa possa atingir o princípio primeiro, pois todos os cidadãos de uma sociedade justa devem ter os mesmos direitos básicos (RAWLS, 1993, p. 163).

O segundo princípio, para o autor, se aplica à distribuição de renda e de bens, aplicando-se também aos propósitos de organizações que se utilizam de diferenças na autoridade e na responsabilidade ou na corrente de comando.

Quanto à distribuição de bens e renda, ela não deve ser necessariamente igualitária, deverá sempre ser de forma a dar a maior vantagem possível para todos, sendo que ao mesmo tempo as posições das autoridades e dos órgãos de comando devem ser acessíveis a todos. Pode-se aplicar o segundo princípio, mantendo-se as posições abertas e, então, sujeitas a esse tipo de pressão, organizando-se as desigualdades sócio-econômicas para que sejam obtidas vantagens para todos (RAWLS, 1993, p. 164).

Para o autor, a concepção geral de justiça não impõe restrições permitindo qualquer tipo de desigualdade; a concepção geral de justiça requer apenas que a posição de todos seja melhorada.

A interpretação democrática segundo John Rawls (1993) obtém-se combinando o princípio da eqüitativa igualdade de oportunidades com o princípio da diferença¹⁵.

Nas palavras de Rawls (1993, p. 166).

Dando por estabelecido o quadro das instituições requeridas pela liberdade igual e eqüitativa igualdade de oportunidades, são justas as expectativas mais elevadas de quem estiver melhor situado se, e só se, funcionarem como parte de um esquema que melhore as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade. A idéia intuitiva é que a ordem social não há de estabelecer e assegurar as perspectivas mais atraentes dos melhor situados, exceto se, a fazê-lo, seja em benefício dos menos afortunados (...).

Para o autor, os bens básicos são as coisas que se supõe que um homem racional queira possuir, além de todas as demais que pudesse querer.

Quaisquer que sejam, em pormenores, os planos racionais de um indivíduo, supõe-se que existam várias coisas das quais prefeririam ter mais que

¹⁵ Para ilustrar o princípio da diferença, considere-se a distribuição da renda entre as classes sociais. Suponhamos que os diversos grupos se relacionem com tipos representativos, cujas expectativas nos permitirão julgar a distribuição. Assim, por exemplo, alguém que, numa democracia com propriedade privada, comece como membro da classe empresarial, terá melhores perspectivas que quem principie na classe de trabalhadores não-qualificados. Parece provável que isto seria verdadeiro inclusive quando se eliminassem as injustiças sociais que existem agora. Que é, então, o que pode justificar esse tipo de desigualdade inicial nas perspectivas da vida? Conforme o princípio da diferença, só é justificável se a diferença de expectativas agir em benefício do tipo representativo melhor colocado, neste caso o representante dos trabalhadores não-qualificados. (...) Por pressuposto, dada a condição adicional no segundo princípio em relação ao acesso aos postos e dado o princípio da liberdade em geral, as maiores expectativas, permitidas aos empresários, estimula-os a fazer coisas que aumentarão as expectativas da classe trabalhadora. Suas melhores perspectivas atuam como incentivos, que tornarão mais eficaz o processo econômico, mais rápida a introdução de inovações etc. Não vou considerar em que proporção isso esteja certo. O que me interessa é que são argumentos desse tipo os que devem ser apresentados se estas desigualdades tiverem de satisfazer o princípio da diferença (RAWLS, 1993, p. 166).

menos. Tendo mais destas coisas, pode-se assegurar aos indivíduos em geral que terão maior êxito na consecução das suas intenções e na promoção dos seus objetivos, quaisquer que sejam estes. Os bens sociais básicos, apresentados em amplas categorias, são direitos, liberdades e oportunidades, bem como rendas e riquezas. (...) Parece evidente que, em geral, estas coisas correspondam à descrição de bens básicos. Diante da sua conexão com as estruturas básicas, as liberdades e as oportunidades são definidas pelas regras das principais instituições, e a distribuição da renda e da riqueza está regulada por elas (RAWLS, 1993, 168).

Portanto, de maneira geral, a crítica à concepção democrática hegemônica, schumpeteriana, mínima, procedimental, elitista, pluralista etc, fundamenta-se na idéia de que a democracia não constitui um mero acidente ou uma simples obra de engenharia institucional, mas sim, uma nova gramática histórica, uma forma sócio-histórica, incapaz de ser determinada por quaisquer tipos de leis naturais (SANTOS, 2002, p. 51).

Destarte, como já postulado, a crítica ao modelo hegemônico da democracia não rompe com o procedimentalismo democrático, mas mantém a resposta procedimental ao problema da democracia, vinculando, entretanto, procedimento com forma de vida e entendendo a democracia como forma de aperfeiçoamento da convivência humana. (SANTOS, 2002, p. 50).

Podemos entender, então, que os debates sobre a democracia e seus problemas podem ser dimensionados em dois campos teóricos distintos. No primeiro estão aqueles que entendem a democracia como um projeto que se esgota na normalização das instituições políticas. No segundo se encontram os que analisam a “democracia burguesa e seus limites a partir da forma como o Estado se organiza” (MACHADO, 2004, p. 59), onde a democracia seria uma gramática de organização da sociedade e da relação do Estado com a sociedade (SANTOS, 2002, p. 51).

Sinteticamente, o discurso hegemônico limita a democracia a um campo de análise que compreende como democrática uma situação onde estão garantidas as liberdades individuais e políticas, como o direito ao voto, a candidatar-se, disputas partidárias, competitivas e a direitos civis e políticos. Tal concepção, e esta é a crítica feita aos que se contrapõem a esse

modelo hegemônico, não considera as desigualdades sociais e econômicas características do sistema capitalista. Neste modelo, é desconsiderado que a democracia formal é a democracia do poder econômico, onde impera a divisão de classes, e apenas os interesses da classe dominante são considerados e respeitados – é a democracia do capital – onde os direitos da maioria (classe trabalhadora), não podem ser adquiridos através de suas garantias legais e constitucionais, de sua condição de “cidadão” (onde todos são iguais perante a lei).

Assim, é evidente a necessidade de uma justiça social econômica oriunda do princípio da igualdade, porém da igualdade substancial, material e não simplesmente formal, como o é na democracia contemporânea, visto que no Estado democrático de direito o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade são valores fundamentais a serem respeitados.

Oportuno frisar que o princípio da isonomia será objeto de estudo do próximo capítulo. Analisar-se-á as suas particularidades, bem como a sua relação com as pessoas portadoras de deficiência física, asseverando que as normas proibitivas são insuficientes para acabar com a discriminação, sendo, portanto necessárias normas de integração (ação afirmativa).

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E OS DEFICIENTES FÍSICOS

3.1. Conceito de igualdade

Viu-se que a igualdade é valor fundamental da democracia.

Conforme Pinto Ferreira (1997, p. 132), se a “igualdade é essência da democracia, deve ser uma igualdade substancial, realizada, não só formalmente no campo jurídico, porém estendendo-se a sua amplitude às demais dimensões da vida sócio-cultural, inclusive na zona vital da economia”.

Percebe-se assim, a importância do princípio em questão.

Já no que concerne ao conceito de igualdade, encontramos três posições fundamentais a este respeito, quais sejam: a nominalista, a idealista e a realista.

Para os nominalistas (FARIA, 1973, p. 37), em verdade, o que se encontra no universo é a desigualdade: diferenças naturais e sociais, oriundas da diversidade de ordem física (brancos ou pretos, fortes ou fracos, sãos ou doentes, lúcidos ou deficientes mentais, etc.) ou de ordem social (ricos e pobres, governantes e governados).

De acordo com o autor, a consequência prática dessa posição é a aceitação dos privilégios existentes no mundo ou a justificação de pretensas superioridades biológicas ou sociais.

Com efeito, se não existe a unidade da espécie humana, a igualdade não passando de simples termo, sem qualquer adequação com a realidade, tornam-se se não defensáveis, ao menos justificáveis, os privilégios de nascimento, de índole aristocrática; os de riqueza, próprios de uma sociedade de tipo mercantil ou burguês; os de uma elite dirigente (...), típicos dos estados totalitários. (FARIA, 1973, p. 37).

Ainda, conforme o autor:

A igualdade dos direitos (dos indivíduos) é uma ilusão. O idiota e o homem de gênio não podem ser iguais perante a lei. É absurdo dar-lhe (ao idiota) o mesmo poder eleitoral que o indivíduo completamente desenvolvido...Em vez de nivelar as desigualdades orgânicas e mentais, deveremos exagerá-las; construiremos assim grandes homens. É preciso abandonar a idéia perigosa de abater os fortes, enaltecer os fracos e, desta maneira, fazer pulular os medíocres (CARREL *apud* FARIA, 1973, p. 38)

Portanto, para estes pensadores, a desigualdade é característica do universo, isto é, os seres humanos nascem e perduram desiguais. Desta forma, a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação no mundo real.

Outros, os idealistas, como Locke, afirmam que as desigualdades verificadas no universo podem ser divididas em duas espécies: as de ordem física e as de ordem social.

As primeiras são aquelas “estabelecidas pela natureza”, enquanto as de ordem social são resultantes de uma convenção e autorizadas pelos homens. Importante esclarecer que para os idealistas, as desigualdades sociais são formalmente condenadas, portanto não deveriam existir, porém estas aumentaram como resultado das desigualdades sociais ou estruturais, que se originaram das condições diversas de vida entre os indivíduos. Destarte, o idealismo postula que deve reinar entre os homens um igualitarismo absoluto.

Os críticos a esta teoria advertem para o fato da espécie humana se transformar em massa tão indiferenciada quanto possível, repelindo de seu seio, como uma ofensa ou sacrilégio, toda desigualdade qualitativa (MARITAIN *apud* FARIA, 1973, p. 39). Isto devido a esta igualdade absoluta defendida pelos idealistas, ou seja, a igualdade pura e simples que deve prevalecer entre os homens.

O terceiro conceito de igualdade é o realista, que se encontra entre os extremos da teoria nominalista e idealista, visto que reconhecem no mundo a igualdade e as desigualdades, qual seja: a unidade da espécie humana e as variações de condições inúmeras entre os homens, ou seja, o que a natureza faz desigual, não podem os homens tornar igual.

Porém, a igualdade deve prevalecer às desigualdades, pois concerne aos direitos fundamentais e à dignidade do ser humano. Assim nota-se que a igualdade é proporcional e não absoluta, como pretendiam os idealistas. De acordo com Faria (1973, p. 45):

Proporcional, em primeiro lugar, porque varia de acordo com as exigências precípua do ser humano. Como acima se afirmou, no que tange aos direitos fundamentais da pessoa, mister se faz seja absoluta a igualdade; entretanto, à medida que descemos na hierarquia desses direitos, surgem, normais, as desigualdades, quer naturais, quer sociais. Proporcional, também, porque longe de ser algo imutável, a verdadeira igualdade, concernindo a homens, singularmente considerados, deve levar em conta as diversidades entre os mesmos verificadas. Com efeito, o tratamento igual a pessoas que ocupam situações diversas constituiria autêntica iniquidade.

Para os realistas, a expressão “todos são iguais perante a lei” deve ser entendida de maneira relativa, pois é impossível uma igualdade absoluta, visto que os homens são iguais, como já dizia Aristóteles¹⁶, na *Ética a Nicômaco*, mas só terão os mesmos direitos em condições idênticas. Mais precisamente esta posição reconhece que os homens são desiguais sob muitos aspectos, entretanto são indivíduos iguais, visto que a igualdade se revela na própria identidade dos membros da espécie.

3.2. Distinção entre princípios e regras

É imprescindível tecer uma breve discussão entre princípios e regras para melhor compreender a importância e as particularidades do princípio da igualdade.

O direito se expressa por meio de normas, e estas se manifestam por meio de regras ou princípios. Para Canotilho (1999) as regras e princípios são duas espécies de normas e que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. Entretanto,

¹⁶ Tal jusfilósofo, dizia que, devemos tratar os desiguais de forma diferenciada para que possamos, enfim, alcançar a almejada isonomia (ARISTÓTELES, 2001, p. 139).

pode-se dizer que as regras se distinguem dos princípios em razão da abstração destes últimos, isto é, os princípios são aplicados gradualmente, enquanto as regras cuidam de casos concretos, disciplinam uma determinada situação. As regras se aplicam pela lógica do tudo ou nada, desde que não haja exceção por elas próprias estabelecidas.

Conforme Dworkin (1999), a distinção entre princípios e regras é uma distinção lógica. Ambos são conjunto de normas que apontam para decisões particulares sobre decisões jurídicas numa particular circunstância. Mas se diferenciam no caráter da direção que apontam.

As regras são aplicadas na forma do tudo-ou-nada, como já explicitado, ou seja, são disjuntivas, aplicam-se ou não se aplicam ao caso. Por sua vez, os princípios, embora muito se pareçam com as regras, não indicam uma consequência legal que automaticamente se segue quando as condições dadas se realizam (DWORKIN, 1999).

Para Ivo Dantas (1995, p. 59/60) “os princípios jurídicos são categoria lógica e, tanto quanto, possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica dos Estados, como tal, representativas dos valores consagrados por uma sociedade”.

Luís Roberto Barroso também dispôs de modo brilhante sobre referida matéria.

Vejamos:

Aos princípios se reserva a função de ser o fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo. Um documento marcadamente político como a Constituição, fundado em compromissos entre correntes opostas de opinião, abriga normas à primeira vista contraditórias. Compete aos princípios compatibilizá-las, integrando-as à harmonia do sistema (BARROSO, 2003, P. 156).

Oportuno citar ainda a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, 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 a 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. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores universais, contumélia irremissível e seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 1990, p. 230).

No mesmo sentido, Plácido e Silva assevera sobre a importância dos princípios. Diz ele:

Os princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundadores jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos (SILVA, 1989, p.447).

De modo mais específico, o termo princípio diz respeito a um tipo de norma cujo respeito é um requisito de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (Dworkin, 1999).

Necessário ainda esclarecer que ocorrendo um conflito entre duas regras, somente uma será aplicada ao caso concreto, pois uma afasta a aplicação da outra. Já os princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico e, portanto, seu aspecto de incidência é muito mais amplo que o das regras. Neste contexto, na hipótese de colisão entre os princípios, a solução é resolver este conflito por meio de uma ponderação a respeito de sua importância em um determinado caso.

Prosseguindo, Juarez Freitas salienta que os princípios diferenciam-se das regras não propriamente por generalidades, mas por qualidade argumentativa superior, de modo que, havendo colisão, deve ser realizada uma interpretação em conformidade com os princípios

(dada a “fundamentalidade” dos mesmos), sem que as regras, por supostamente apresentarem fundamentos definitivos devam preponderar (FREITAS, 1998, p. 56).

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há aqui superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional da situação apreciada (BARROSO, 2003, p. 330).

Ademais, segundo Canotilho (1988, p. 1123), os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Assim, percebe-se que os princípios e as regras se distinguem em vários pontos, tais como:

Pelo conteúdo (os princípios incorporando primeira e diretamente os valores ditos fundamentais, enquanto as regras destes se ocupam mediatamente, num segundo momento), mas também pela apresentação ou forma enunciativa (vaga, ampla, aberta dos princípios, contra uma maior especificidade das regras), pela aplicação ou maneira de incidir (o princípio incidindo sempre, porém normalmente mediado por regras, sem excluir outros princípios concorrentes e sem desconsiderar outros princípios divergentes, que podem conjugar-se ou serem afastados apenas para o caso concreto; as regras incidindo direta e exclusivamente, constituindo aplicação integral – conquanto nunca exaustiva – e estrita dos princípios, e eliminando outras conflitantes) e pela funcionalidade ou utilidade (que é estruturalmente e de fundamentação nos princípios, enquanto as regras descem à regulação específica). Traduzem ambos – princípios como regras – expressões distintas ou variedades de um mesmo gênero: normas jurídicas (ROTHENBURG, 1999, p. 81).

Hodiernamente, aos princípios incide a particularidade de se irradiarem pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais. Nem todos os princípios, no entanto, possuem o

mesmo raio de atuação. Eles variam na amplitude de sua aplicação e mesmo na sua influência. Dividem-se assim, em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios especiais¹⁷.

Importante destacar ainda, que as Constituições modernas, diferentes das antigas, não são mais instrumentos de mera constatação da realidade moderna. Hoje, têm preceitos que encarnam autênticos princípios e diretrizes, além de normas-fins, também conhecidas como normas-tarefas, que trazem em seu conteúdo programas a serem cumpridos. Daí porque também conhecidas como normas programáticas. Estas querem ser e efetivamente são, objetos úteis na antecipação do futuro. Almejam um papel conformador do porvir. Procuram fornecer parâmetros para a atuação do Estado, de molde a que os fins fundamentais da organização política já estejam definidos na Lei Maior.

Não se deve entender a norma programática como matéria pacífica; ao contrário, é problemática quando se adentra ao campo de sua vigência e eficácia. Tal se dá pela enorme distância entre as disposições consubstanciadas na Carta Constitucional vigente e a realidade suportada pela sociedade nestes dias. Mencionada discrepância cria uma aparência de ineficácia normativa que resulta da sua aplicação. (...) A palavra “aparência” acima utilizada tem sua razão de ser. É que na atualidade não se admite que a ineficácia tenha vínculo com a Constituição; admitindo sim, que todas as normas constitucionais têm um mínimo de eficácia, cada uma com seu grau de aplicabilidade (ATCHABAHIAN, 2006, p. 48).

E continua o autor:

Neste instante, uma questão é de relevo: Se o Título I da Constituição de 1988 relaciona os denominados Princípios Constitucionais Fundamentais. Se dentre estes se destacar o artigo 3º e seus incisos assim dispostos: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I –

¹⁷ Princípios fundamentais são tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, como os que definem a forma de Estado, a forma, o regime e o sistema de governo. Esses princípios constitucionais fundamentais exprimem a ideologia que permeia o ordenamento jurídico, constituem também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, esses princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional. Os princípios constitucionais gerais, embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importante especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradia, por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos. São exemplos, o princípio da legalidade, da isonomia. E, por fim, os princípios especiais, que são os que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou do concurso público em matéria de administração pública (BARROSO, 2003, p. 155-156).

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; é de se indagar se referido dispositivo teve ou tem eficácia? (...) Posta indagação tem seu arcabouço justamente na discrepância entre o que contém o citado artigo e a realidade concreta. É de se lembrar, entretanto, que a Constituição é o norte, o ideal a ser atingido e este caminho muitas vezes depende de decisões políticas que se realizam em mais ou menos tempo (ATCHABAHIAN, 2006, p.48/49).

Importante frisar que independente do momento presente que pode gerar dúvidas quanto a eficácia dos princípios, estes, hoje, não são mais meros enunciados contemplativos.

A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do Constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam (ROCHA, 1994, p.14)..

E, uma vez obtida a eficácia, sua manutenção encontra amparo nos dizeres de Canotilho (s/d, p.364), para quem “quando um direito econômico, social ou cultural, constitucionalmente garantido, tiver já obtido um certo nível de realização legal é possível conceber-se uma ação judicial contra o retrocesso ou desigualdade”.

3.3. Aspecto formal e material do princípio da igualdade

A doutrina aponta, a partir de concepções diversas, uma dupla visão da igualdade: fala-se em igualdade formal e igualdade material.

A igualdade material (para alguns autores chamada de igualdade substantiva ou substancial) é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida.

Entretanto, apesar da forte carga humanitária e idealista que esta igualdade traz consigo, até hoje, a experiência histórica das sociedades humanas não logrou sua realização¹⁸.

Várias são as causas as quais se pode atribuir a inviolabilidade da prática material:

(...) a constituição física do homem, ora frágil, ora forte; a multiplicidade da estrutura psicológica humana, ora inclinada à dominação, ora voltada para submissão; a pluralidade de interesses, muitas vezes diametralmente opostos; o multiculturalismo, e as próprias estruturas políticas e sociais adotadas, que, muitas vezes, tendem a consolidar ou mesmo exacerbar diferenças, ao invés de neutralizá-las ou ainda atenuá-las. (...) Se são certas, porém, as imposições inarredáveis da vida humana que impedem a realização ampla e total da igualdade material entre os homens, tal não significa, necessariamente, o desprezo e desconhecimento constitucional dessa manifestação igualitária (SILVA, 2003, P. 36).

E prossegue a autora:

Com efeito, por exemplo, nas democracias ocidentais, com contornos de Estado do Bem-Estar Social, o princípio da igualdade material tem assento nas Cartas Constitucionais. É justamente na disciplina da ordem social, cristalizando aqueles direitos chamados de segunda geração, eis que buscam assegurar o acesso de todo o povo a determinados bens – como a educação, a saúde, o lazer, a previdência, e a assistência sociais – que se vislumbra a clara iniciativa de trazer entre as pessoas maior igualdade material. Ainda que a eficácia social de tais normas seja passível de críticas, já que os respectivos direitos consagrados tenham previsão nas chamadas normas de princípio programático, persiste a finalidade de construir-se mediante a ordem estatal, vias de maior acesso à igualdade material (SILVA, 2003, p. 37).

Já a igualdade formal, por sua vez, impõe leitura diversa, determinando tratamento uniforme perante a lei e vedando tratamento desigual aos iguais.

A afirmação do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamou o princípio de que “Os homens nascem livres e iguais em direitos (...)”¹⁹. Mas aí se caracteriza a igualdade jurídica e formal no plano político, com um caráter negativo, buscando abolir os privilégios e exceções pessoais de classes (ATCHABAHIAN, 2006, p. 82).

Convém citar a lição de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 318):

¹⁸ Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva (1989, p. 5), “no campo político-ideológico, a manifestação mais acendrada deste tipo de igualdade foi traduzida no ideário comunista, que procura ainda tradução na realidade empírica, na vida das chamadas democracias populares. Ainda aqui, entretanto, a procura da igualdade material não foi de molde a eliminar as efetivas desigualdades existentes na vida das sociedades sujeitas a tal regime”.

¹⁹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 1º.

A proclamação fática deste princípio da igualdade de todos perante a lei data da época da Revolução Francesa. Mas, naquela ocasião conhecia-se à perfeição o endereço do preconceito. Tratava-se de abolir a sociedade estamental então vigorante. O que pretendia era fazer ruir um castelo de privilégios erigido a partir da inserção do indivíduo numa determinada classe social. Era todo um sistema de valores sendo contestado quanto à sua legitimidade, quer quanto à sua legalidade. Com o tempo, o princípio da igualdade, sem perder essa concepção primitiva, foi ampliando-se para impedir que os homens fossem diferenciados pelas leis, isto é, que estas viessem a estabelecer distinções entre pessoas independentemente do mérito.

Por tratar-se de igualdade formal, em que pese sua evolução no tempo, sua essência não é outra senão aquela apontada pelo mesmo autor, para quem: “esta 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” (BASTOS, 1999, P.319).

Com efeito, no mundo moderno não há mais espaço para discussões antagônicas a respeito da igualdade. O que existe e se manifesta no direito contemporâneo é a convergência de idéias para se dar efetividade à aplicação do princípio e obter, a seu turno, o equilíbrio na sociedade.

Conforme Serge Atchabahian (2006, p. 84), o entendimento atual é no sentido de fazer valer efetivamente a igualdade entre todos. Significa dizer que a efetividade está na igualdade alcançada de forma real e não somente na letra da lei.

Assim, nota-se hoje a clara tendência de se retirar o princípio da igualdade da posição formal e movimentá-la, cada vez mais, para a realidade como forma de concretização da essência de seus preceitos.

3.4. O princípio da igualdade nas Constituições brasileiras

As Constituições brasileiras, desde o tempo do Império, estabeleceram o princípio da igualdade como igualdade perante a lei, enunciando que, em sua literalidade, se confunde com a igualdade formal no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos por igual, sem privilegiar qualquer grupo ou indivíduo.

Adentra-se então, ao constitucionalismo histórico brasileiro, de maneira que se possa determinar o tratamento constitucional que em cada período recebeu o princípio da igualdade, permitindo compreender de alguma maneira como se regulamentou e evoluiu até a vigente Constituição de 1988.

A Carta Imperial de 25 de março de 1824 foi a primeira Constituição brasileira a estabelecer em seu artigo 179 uma série de direitos civis e políticos, bem como o chamado princípio da isonomia (item 13), assim firmado: “A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.” Ademais, foram expressas outras regras que estatuíam a igualdade, além do princípio geral, quais sejam:

- acesso dos cidadãos aos cargos públicos, “sem outras diferenças que não seja a de seus talentos e virtudes” (item 14);
- obrigatoriedade de contribuição para as despesas do Estado, de acordo com os haveres de cada um (item 15);
- abolição dos privilégios “que não foram essenciais e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública” (item 16);
- a igualdade na distribuição da justiça, com o desaparecimento de “foro privilegiado” (item 17).

Assim, conforme Anacleto de Oliveira Faria, há que se notar que na Constituição de 1824, o regime monárquico encarecia desigualdades fundadas nos títulos e posições sociais. Profere ele:

(...), verifica-se que a Constituição de 1824, de acordo, aliás, com as idéias dominantes na época, consagrou a tese da igualdade formal e absoluta. Tratava-se, apenas, da total nivelção de todos face à “Lei”, que oferecia aos cidadãos plena oportunidade pra “elevar-se nas condições sociais” exclusivamente “por seus serviços e merecimentos”. Não se admitia nenhuma intervenção estatal, portanto, no sentido de diminuir eventuais desigualdades de fato que, no dizer do citado Pimenta Bueno, constituíam fenômeno “importante e incontestável” (FARIA, 1973, p.65).

Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição Republicana, onde o princípio da isonomia foi firmado no artigo 72, parágrafo 2º, que asseverou de modo sintético: “Todos são iguais perante a lei”.

A igualdade preconizada pela referida Carta continuava sendo a de caráter formal, negativa e abstrata prevista pela Constituição de 1824 e oriunda das idéias individualistas então vigentes. Contudo, a Constituição de 1891 trouxe algumas inovações, tais como: acolheu o sufrágio universal, pondo termo à discriminação político-eleitoral, com base na capacidade econômica do cidadão, como era na Carta Imperial de 1824, suprimiu privilégios de nascimento e foros de nobreza. Dizia João Barbalho que:

Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos imana e nivela o direito. E a desigualdade, além de injusta e antijurídica, é impolítica. Em que fundamento se faria repousar uma organização política, dando mais direitos, mais vantagens a uns do que a outros membros da nossa comunhão”. (BARBALHO *apud* ROCHA, 1990, p.102).

A Constituição de 1934 firmou o princípio do que poderíamos denominar, conforme Paulo Bonavides, de “estado social”, em contraposição ao “estado liberal” da primeira República.

O respectivo Estatuto manteve o princípio de isonomia, conjugando-o, todavia, “com as limitações ao direito de propriedade e às regras tendentes à coordenação da ordem econômica, tendo em vista o bem comum” (FARIA, 1973, 71).

Com efeito, a regra geral concernente ao assunto foi estatuída com o primeiro dos direitos individuais, solenemente proclamados pelo art. 113: “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” (FARIA, 1973, 71).

Merece destaque também o artigo 113, parágrafo 25 do estatuto, que firmava a igualdade na distribuição da justiça, bem como os artigos 18 e 168, que estabelecia a igualdade fiscal e estatuiu a regra do igual acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos.

Buscava-se com a respectiva Constituição a tentativa de passar da mera declaração formal a uma igualdade social e econômica. Nesse sentido, pode-se tomar como diretriz a regra do art. 115: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica.” (FARIA, 1973, p. 71).

Inoperante no estudo do constitucionalismo brasileiro, a Carta de 1937, no que se refere ao princípio da igualdade, simplificou as suas disposições, asseverando no artigo 122, parágrafo 1º que “todos são iguais perante a lei”.

No entanto, a Constituição de 1946 deu especial atenção ao princípio da isonomia, visto que o relacionou em primeiro lugar entre os direitos e garantias fundamentais prescritos no artigo 141, parágrafo 1º, que dispunha: “Todos são iguais perante a lei”.

(...) não foi por mero acaso que o rol dos direitos individuais se inicia com o princípio da igualdade. “Dando-lhe o primeiro lugar, quis o legislador significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade rege todos os direitos em seguida a eles enumerados.” (...) acentua que o referido princípio constitui “a base da declaração dos direitos enunciados no art. 141” (CAMPOS, CANTAS *apud* FARIA, 1973, 74).

Ademais a igualdade estatuída nesta Carta de 1946 afigurou-se como sendo de caráter proporcional, visto que a diferença de condições pessoais, dada a natureza da atividade a ser

exercida, a influência da idade, do sexo, da competência e das habilitações, não exclui o princípio da igualdade, embora em igualdade de condições nenhuma distinção possa ser feita em razão do sexo, idade, religião, cor, etc. Enfim, a verdadeira igualdade é proporcional no sentido de tratar igualmente as coisas iguais e desigualmente as desiguais.

Além do que esta “isonomia é também de natureza positiva, pois garante regras relativas à transposição do nível simplesmente formal para o nível substancial desse princípio e o estabelecimento de maiores possibilidades de acesso a um mínimo de bens materiais, de parte de todos os cidadãos” (FARIA, 1973, P.76).

Embora não possua texto que resolva o problema de modo tão categórico, como o fez a atual Constituição Italiana, a Carta de 1946, paralelamente à isonomia, firmada no § 1º do art. 141, estabeleceu no art., que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”, firmando, outrossim, no art. 147, que “o uso da propriedade será condicionado ao bem estar social”. A lei, com observância do art. 141, § 16, poderá promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos (FARIA, 1973, p. 76).

Pelo exposto percebe-se que esta Constituição passou a vislumbrar no princípio da igualdade um conteúdo mais comprometido com o social.

Já em relação à Carta Constitucional de 1967, podemos dizer que no que se refere aos direitos e garantias individuais, esta guarda profunda correspondência em relação à Constituição de 1946, posto que o princípio da igualdade também constitui o primeiro dos direitos proclamados no art. 50, retornando ao texto normativo a vedação à distinção preconceituosa, em especial as referentes ao sexo, raça, credo religioso e convicções políticas, bem como o conceito de igualdade proporcional e positivo continuou a prevalecer.

O princípio da igualdade foi recepcionado também pela Constituição Federal de 1988. Na verdade este princípio permeia toda a Constituição, visto ser um dos mais importantes princípios constitucionais.

Acentua-se desde já que este princípio prevalece sobre quase todos os demais encontrados na Carta Magna, pois ele guia não somente as regras, mas também outros

princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo conduzido apenas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, da Constituição da República.

Alexandre de Moraes (2003), comentando a este respeito, argumenta que o princípio da dignidade humana, consagrado como fundamental pela Constituição do Brasil, assegura primeiramente um direito individual protetivo tanto em relação ao próprio Estado, como em relação aos indivíduos, e em um segundo momento, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Neste sentido, o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 89) preleciona que o princípio da igualdade encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos.

E continuando, ainda esclarece o autor:

(...) 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 motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material. (SARLET, 2001, p. 89).

A Constituição brasileira de 1988, logo no seu preâmbulo, estabelece a igualdade como valor supremo do Estado Democrático de Direito:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (PREÂMBULO DA CF/88).

Destarte, nota-se que ainda não se pode pronunciar que temos uma efetiva democracia social, ou melhor dizendo, uma concreta justiça social. Contudo, analisando o preâmbulo da

Carta Constitucional, observamos que o direito que foi ali alicerçado permite que se chegue a ter.

Prosseguindo, após o preâmbulo, encontramos expressamente no artigo 3º, incisos III e IV, mais uma norma que estatui o princípio em questão, posto que prescreve que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil constituem a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, cor, sexo, ração, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além do que, concernente às relações internacionais e a igualdade, a Carta de 1988 asseverou no artigo 4º, inciso V, que o Brasil deverá respeitar o princípio da igualdade entre os Estados.

No título II, dos direitos e garantias fundamentais, mais especificadamente no capítulo I, que aborda os deveres e direitos individuais e coletivos, foi estabelecido no artigo 5º, caput, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”.

Neste patamar percebe-se que todos os cidadãos devem ser tratados de forma idêntica pela lei, em conformidade com os critérios alocados pelo ordenamento jurídico.

Comentando a Carta Política, Alexandre de Moraes afirma :

O que é vedado são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discricionário não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que esqueçamos, porém, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (MORAES, 2003, p. 180).

Ademais, o artigo 5º reforça o princípio da igualdade nos demais incisos, procurando ainda igualar os desiguais concedendo direitos sociais materiais. No inciso I, estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, colocando fim à submissão das esposas às ordens dos maridos, ou seja, à superioridade do sexo masculino sobre o feminino em qualquer circunstância, não apenas em questões entre cônjuges. As mulheres lutaram durante décadas para se equiparar aos homens, por isso esta norma representa uma grande vitória do Estado Democrático de Direito.

Neste caso a norma em questão (art. 5º, I) foi bem específica, tratando apenas da igualdade entre os homens e mulheres. No entanto, é bom lembrar que a proibição à discriminação em função de sexo já se contém na norma geral de igualdade perante a lei, mais precisamente nos artigos 3º, IV e 7º, XXX, da Carta Constitucional de 1988.

Já mencionado o artigo 7º, incisos XXX E XXXI, importante destacar que eles retratam, respectivamente, a igualdade material, pois proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil, além de vedar qualquer discriminação referente a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Convém esclarecer que o presente princípio se apresenta sob dois prismas. De um lado esta focado a obrigatoriedade do juiz, justamente a autoridade pública, de aplicar a legislação aos indivíduos sem fazer distinções referentes a sexo, crenças filosóficas ou políticas, religião, cor e classe social, enfim, não fazer diferenciações entre iguais ao aplicar a lei. Por outro lado, se encontra a vedação ao legislador ou ao executivo na criação de leis ou atos normativos que permitem tratamentos desiguais a situações iguais por parte da Justiça.

Neste sentido já decidiu os nossos Tribunais:

ESSÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: STF – “O princípio isonômico revela a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” (STF – 2º t. – Ag. Instr. nº 207.130-1/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, e abr. 1998, p. 45).

PRINCÍPIO DA IGUALDADE E FINALIDADE: STF – “O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejam tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade” (STF – Pleno – Mi nº 58/DF – Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580).

Deste modo, igualmente, importante, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade: limitação ao legislador, ao intérprete/ autoridade e ao particular.

Destarte, caso o legislador afronte o princípio da isonomia na edição de leis, acarretará a inconstitucionalidade da norma, já que distinções abusivas, são inconciliáveis com a Constituição Federal.

A desigualdade na lei produz-se 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 valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (MORAES, 2003, 181).

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2002) enfatiza que a inobservância do legislador quanto ao princípio isonômico, imporá ao ato estatal por ele elaborado eiva de inconstitucionalidade.

Para J. J. Canotilho (1999) existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Desta

maneira, o princípio da igualdade é infringido quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. E continua o autor aclarando que existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num fundamento sério, não tiver um sentido legítimo e estabelecer diferenciação legítima sem nenhum fundamento.

Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2002, p.41), estudioso do assunto, afirma que para que a norma jurídica não venha ferir o Princípio Constitucional da Igualdade é preciso que ela se atente aos seguintes elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Nesta ordem de idéias compreende-se que em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá empregar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária à normas jurídicas.

Enfim, a caracterização da violação ao princípio da igualdade deve ser criteriosamente analisado sob a luz do caso concreto apresentado. Os critérios apriorísticos acima apresentados apenas limitam-se a esboçar os indícios de uma potencial agressão, a qual se demonstrará ou não após uma eficaz avaliação do trato legal escolhido e suas conseqüências diante do ordenamento jurídico constitucional, sendo portanto de relevado valor a atividade a ser desempenhada pelo intérprete e aplicador da lei questionada (SILVA, 2001).

Dando segmento, imprescindível elencar mais algumas normas em que a Constituição Federal estabelece o princípio da igualdade, quais sejam:

- artigos 145, § 1º e 150, II, que tratam da igualdade em matéria tributária;

- artigos 5º, caput, 3º IV e 7º, XXX, XXXI, referentes, como já mencionado, à igualdade “sem distinção de qualquer natureza”;
- artigos 3º, IV e 7º, XXX, que retratam o princípio da igualdade “sem distinção de sexo e de orientação sexual”;
- artigos 4º, VIII e 12, § 2º, igualdade “sem distinção de origem, cor e raça”;
- artigo 7º, XXX, igualdade “sem distinção de idade”;
- artigos 5º, XIII e 7º, XXX, XXXII, igualdade “sem distinção de trabalho”;
- artigo 5º, VI, igualdade “sem distinção de religião”;
- artigo 14, igualdade de voto.

É patente, pois, a maior preocupação do legislador constituinte com os direitos e garantias fundamentais, bem como com a questão do princípio da igualdade, visto o destaque que recebe o grupo de direitos fundamentais em relação às constituições anteriores; a elevação à cláusula pétrea dos direitos e garantias fundamentais, conforme artigo 60, parágrafo 4º, IV; bem como o aumento dos bens merecedores de tutela e da titularidade de novos sujeitos de direito (coletivo).

3.5. O princípio da igualdade e as pessoas portadoras de deficiência

Como visto anteriormente, o axioma aristotélico reflete não somente a idéia de tratar todos de forma isonômica, mas diversificá-lo perante os desiguais, de forma a igualá-los perante o direito. Considera que a isonomia está garantida na lei, mas significa que não devemos tratar todos de forma idêntica, com as mesmas obrigações ou direitos, ou seja, a igualdade não dever ser absoluta.

O tratamento desigual deve ter fundamento razoável e um fim legítimo, sob pena de ferir o princípio da isonomia. A regra é a igualdade, contudo, na hipótese de existir uma situação de desequiparação, deve estar comprovado que a mesma é necessária para o objetivo visado.

Quanto aos deficientes físicos importante ressaltar primeiramente que, conforme dados da Organização Mundial de Saúde, no Brasil, cerca de 12 milhões de pessoas são portadoras de alguma deficiência.

Na lição de Erving Goffman:

A sociedade estabelece meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias. Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas. As rotinas de relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com “outras pessoas” previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua “identidade social” – para usar um termo melhor do que “*status social*”, já que nele se incluem atributos como “honestidade”, da mesma forma que atributos estruturais, como “ocupação” (GOFFMAN, 1988, p. 12).

E nesta linha de raciocínio prossegue o autor:

Caracteristicamente, ignoramos que fizemos tais exigências ou o que elas significam até que surge uma questão efetiva. Essas exigências são preenchidas? É nesse ponto, provavelmente, que percebemos que durante todo o tempo estivemos fazendo algumas afirmativas em relação àquilo que o indivíduo que está à nossa frente deveria ser. Assim, as exigências que fazemos poderiam ser mais adequadamente denominadas de demandas feitas “efetivamente”, e o caráter que imputamos ao indivíduo poderia ser encarado mais como uma imputação feita por um retrospecto em potencial – uma caracterização efetiva, uma *identidade social virtual*. A categoria e os atributos que, ele, na realidade, prova possuir, serão chamados de sua *identidade social real*. (...) Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável – num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande – algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem – e constitui uma discrepância específica entre a identidade virtual e a identidade social real. Observe-se também que nem todos os atributos indesejáveis estão em questão, mas somente os que são incongruentes com o estereótipo que criamos para um determinado tipo de indivíduo (GOFFMAN, 1988, p. 12).

O termo estigma, portanto, será usado em referência a um atributo profundamente depreciativo, mas o que é preciso, na realidade, é uma linguagem de relações e não de atributos. “Um atributo que estigmatiza alguém pode confirmar a normalidade de outrem, portanto, ele não é, em si mesmo, nem honroso nem desonroso” (GOFFMAN, 1988, p. 13).

Para Goffman (1988, p. 14), o “termo estigma e seus sinônimos ocultam uma dupla perspectiva: Assume o estigmatizado que a sua característica distintiva já é conhecida ou é imediatamente evidente ou então que ela não é nem conhecida pelos presentes e nem imediatamente perceptível por eles?” E continua o autor, sustentado que “no primeiro caso, está-se lidando com a condição do desacreditado, no segundo com a do desacreditável”.

Portanto, o estigma nada mais é do que a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena²⁰.

Oportuno ressaltar que é grande o número de deficientes no mundo. Nesse sentido, as palavras da Eliana Franco Neme:

A Organização das Nações Unidas (ONU) estima que 450 milhões de pessoas na Terra apresentam uma forma ou outra de deficiência física ou mental. Aproximadamente 12 milhões destas são brasileiras, ou seja, uma em cada dez pessoas (10%) da população nacional. A grande maioria das pessoas deficientes mora em países em vias de desenvolvimento. Entre as causas de incapacidade em todo o mundo, estão: acidentes: particularmente acidentes domésticos, totalizando um mínimo de 20 milhões por ano, deixando 110 mil pessoas com deficiências permanentes; acidentes de trânsito: mais de 10 milhões feridos por ano, muitas vezes gravemente, com conseqüências que incluem amputações, ferimentos cerebrais, paraplegia e quadriplegia; doenças incapacitantes ainda são freqüentes: por exemplo: vinte milhões de pessoas têm hanseníase. Incapacidades ligadas à subnutrição são muito comuns em países em desenvolvimento. Para citar só um exemplo, 250.000 crianças por ano tornam-se cegas por causa de deficiência crônica de vitaminas; doenças mentais: segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), uma em cada dez pessoas sofrerá durante sua vida uma forma de doença mental. Um em cada quatro de todos os leitos hospitalares do mundo são ocupados por pacientes com doença mental; cegueira: aproximadamente 10 a 15 milhões de pessoas no mundo; audição:

²⁰ Podem-se mencionar três tipos de estigma nitidamente diferente. Em primeiro lugar, há as abominações do corpo – as várias deformidade físicas. Em segundo, as culpas de caráter individual percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo essas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical. Finalmente, há os estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos através de linhagem e contaminar por igual todos os membros de uma família.

70 milhões de pessoas sofrem de uma deficiência significativa de audição; paralisia cerebral: 15 milhões; epiléticos: 15 milhões; doenças cardiovasculares: particularmente no mundo desenvolvido; incapacidade de guerra: o trágico e crescente resultado dos conflitos neste século (NEME, 2006, p. 140).

Assim, do total considerado pela ONU:

- deficiência mental: 5%;
- deficiência física: 2%
- deficiência auditiva: 1,5%
- deficiência múltipla: 1%
- deficiência visual: 0,5%

O último Censo Demográfico, realizado no Brasil pelo IBGE no ano de 2000, registrou cerca de 27 milhões de pessoas com deficiência física, o que corresponde a 14,5% da população brasileira. Na região Nordeste passa de 18%, enquanto São Paulo se destaca como o menor índice: 11,4%. Dos 14,5% da população deficiente, 48,1% têm deficiência visual; 22,9 %, motora; 16,7 %, auditiva; 8,3%, mental; e 4,1%, física.

Os índices são aterradores, e não podem ser desprezados. O parâmetro usado pela Organização das Nações Unidas (ONU) indica que 10% da população de países desenvolvidos são pessoas portadoras de alguma deficiência, enquanto para países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, chega a 25%. Daí pode-se projetar que em alguns casos, incluindo familiares e parentes, temos 50% do total da população sendo afetados pelos fatores decorrentes da deficiência, o que em última instância se reflete também no desenvolvimento do país.

Nesta linha de raciocínio, já foi verificado que a Constituição Federal de 1988, muito embora a literalidade do princípio da isonomia estabeleça que todos são iguais, permite desequiparar, com fundamento em motivos diversos, quais sejam: raça, sexo, renda, dentre outros, impondo assim tratamento desigual. Logo, “é possível distinguir pessoas e situações;

no entanto, será preciso analisar se os critérios que identificam as hipóteses de desequiparação são juridicamente válidos e legítimos (MARQUES, 2006, p.112).

O professor Luiz Alberto David Araújo demonstra a quebra da igualdade permitindo que o cidadão participe da sociedade. Para o autor é impossível qualquer interpretação constitucional sem a observância do princípio da igualdade:

(...) só é possível entendermos o tema da proteção excepcional das pessoas portadoras de deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade (...) A igualdade, desta forma, deve ser regra mestra de aplicação de todo o entendimento do direito à integração das pessoas portadoras de deficiência. A igualdade formal deve ser quebrada diante de situação que, logicamente, autorizam tal ruptura. Assim, é razoável entender-se que a pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra de igualdade, em situações das quais participe com pessoas sem deficiência. Assim sendo, o princípio da igualdade incidirá, permitindo a quebra da isonomia e protegendo a pessoa portadora de deficiência, desde que a situação logicamente o autorize. (ARAÚJO, 2003, p. 45).

No mesmo sentido, lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que como já visto, entende ser possível desigualar ou tratar desigualmente situações, desde que haja correlação lógica entre o fator de *discrimen* e a desequiparação protegida (2002, p. 41).

Destarte, “a igualdade de tratamento, portanto, deve ser quebrada quando, diante de uma determinada situação, o rompimento da igualdade for a única forma possível de efetivamente assegurar a igualdade” (NEME, 2006, p.141).

Considerando os dados apresentados, não há dúvida que esta necessidade é inquestionável.

Percebe-se que existem situações que, apesar de visivelmente privilegiarem os deficientes físicos, apresentam autorização lógica para tanto.

Para Luiz Alberto Araújo, “a igualdade será aplicada para impedir que a deficiência sirva de quebra do princípio isonômico, sem logicidade para tal *discrimen*. Trata-se, na realidade, da aplicação inversa do mesmo princípio acima enunciado” (2003, p. 46).

E continua o autor exemplificando que o candidato a concurso público portador de deficiência de locomoção, não pode ser vetado, apenas e tão-somente, em virtude da sua

deficiência. Há de haver correlação lógica entre o cargo pretendido e a incapacidade. A igualdade, portanto, deve ser aplicada (2003, p. 46).

Assim sendo, as condições singulares dos indivíduos exigem tratamentos diversos, sob pena de criarem ou potenciarem novas diferenças sociais.

A discussão sobre tratamento isonômico dado aos portadores de deficiência situa-se nesse patamar. A pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações nas quais participe com pessoas sem deficiência. Temos assim a proteção à dignidade da pessoa humana, que se viabiliza pelo tratamento isonômico a ser dado a todos os homens pelo ordenamento jurídico do Estado e, finalmente, pela ruptura desse padrão quando essa for a única forma de garantir a igualdade e a dignidade humana. Assim, a preservação do direito à igualdade é o que está implícito no direito à integração da pessoa portadora de deficiência (NEME, 2006, p. 142).

Finalizando, oportuno enaltecer novamente que o assunto em questão foi positivado na Constituição Federal de 1988. A dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, só será admitida como realidade com a efetiva inclusão social dos portadores de deficiência. Para tanto, é necessário o repúdio às práticas que exponham o homem, o coloquem em posição de desigualdade perante os demais, o desconsiderem como pessoa ou o privem dos meios necessários à sua própria manutenção.

Nos dizeres de Christiani Marques (2006), a sociedade democrática brasileira é pluralista, isto é, formada por pessoas diferentes quanto a raça, cor, sexo, etc..., o que por sua vez não impede a proteção à igualdade de oportunidades, fundamento essencial do exercício da cidadania e da dignidade humana. Eliminam-se as desigualdades sociais, com o equilíbrio das vontades externadas pela maioria e minoria.

3.6. O portador de deficiência e a discriminação no trabalho

O tema proteção das pessoas portadoras de deficiências, físicas ou mentais, é destaque nas declarações de direito e convenções internacionais. Após muitas lutas, decorrentes dos movimentos sociais relacionados ao portador de deficiência, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências, no ano de 1975, que prevê que os deficientes têm direito a uma vida digna, bem como segurança econômica e social. No mesmo sentido, a Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, promulgada no Brasil pelo Dec. 3.956, de 08.10.2001.

Com a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, foi conceituada a discriminação e a promoção pela igualdade e luta contra discriminação no emprego ou ocupação no trabalho começou a ter destaque neste cenário²¹.

Os critérios apontados na Convenção 111 da OIT são indicadores para fundamentar casos *in concretos* ocorridos, bem como para servir de base para criação de outras formas de proteção. No âmbito da pessoa portadora de deficiência, teremos a Convenção 159 da OIT, A Recomendação 168 da OIT e a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, sendo que este último instrumento foi inserido no sistema legal brasileiro ao ser aprovado pelo Congresso Nacional pelo Dec. 3.956, de 08.10.2001 (MARQUES, 2006, p.119).

A Convenção nº 159 da OIT, de 1985, cuida da reabilitação profissional e emprego para as pessoas portadoras de deficiências, conceituadas como todas as pessoas cujas

²¹ 1. Para fins da presente convenção o termo ‘discriminação’ compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência eu tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminações. 3. Para fins da presente convenção as palavras emprego e profissão incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego (art. 1º e 2º).

possibilidades de obter e conservar um emprego adequado, bem como de progredir no mesmo, fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada (art. 1º)²².

Outro mecanismo de proteção no emprego para os deficientes é a Recomendação 168 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que expressa que os portadores de deficiência devem dispor de igualdade de tratamento e de oportunidades, relativamente ao acesso, conservação e promoção em um trabalho.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe alguns dispositivos sobre a matéria. Além da dignidade da pessoa humana estabelecida como preceito fundamental, e do princípio da igualdade estabelecido pelo artigo 5º, temos os artigos 7º, XXXI; 23, II; 37, VIII; 203, IV; 208, III, E 227, § 1º, II²³, que tutelam as pessoas portadoras de deficiência.

²² Referida Convenção enfatiza ainda que a finalidade da reabilitação é integrar ou reintegrar a pessoa deficiente na sociedade (art. 1º, item 2). No artigo 4º ressalta que a política de reabilitação deverá ter como pressuposto básico o princípio da igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e os trabalhadores em geral, e que qualquer medida positiva adotada para efetividade da igualdade de tratamento não deverá ser vista como discriminatória em relação aos demais trabalhadores em geral

²³ Art. 7º, XXXI: “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”

Art. 23: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: (...)

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Art. 203: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...)

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiências e a promoção de sua integração à vida comunitária”.

Art. 208: “ O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...)

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e o adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: (...)

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”.

No entanto, constata-se que as normas previstas na Constituição brasileira, com o fim de regular os direitos dos portadores de deficiência se encontram bem restritas. Não estão organizadas em capítulo próprio, constituindo-se, apenas, conjunto de regras esparsas dentro da Carta Constitucional, o que dificulta sobremaneira o seu estudo.

Além do que, analisando o estágio social-econômico contemporâneo brasileiro, nota-se que ainda não existe por parte da sociedade civil organizada e, principalmente, do poder público, consciência de se tratar a matéria de modo justo e responsável.

Quanto a legislação ordinária merece destaque a Lei 7.853, de 24.10.1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Corde (Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), instituindo a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplinando a atuação do Ministério Público e definindo crimes, disciplinando como crime a negação, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, de emprego ou trabalho, assim como impedimento, sem justa causa, do acesso a qualquer cargo público, por idêntico motivo, estipulando pena de reclusão de um a quatro anos.

Importante citar também a Lei 7.405, de 12.11.1985, que prevê sobre o Símbolo Internacional de Acesso para utilização por pessoas portadoras de deficiência, bem como a Lei 8.899, de 19.06.1994, que concede passe livre aos deficientes no sistema de transporte coletivo interestadual.

Quanto ao artigo 37, VIII, da Constituição Federal, que dispõe sobre a reserva de vagas para os cidadãos brasileiros portadores de deficiência, a Lei 8.112, de 11.12.1990, que regulamenta o regime jurídico dos servidores públicos, estabeleceu no artigo 5º, § 2º, a seguir descrito, que seriam destinadas aos portadores de deficiência até 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos:

Art. 5º (...)

§ 2º. Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscreverem em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Na iniciativa privada, a Lei 8.213/91 introduziu a chamada reserva de mercado, obrigando as empresas empregadoras a reservar certo número de cargos em percentuais aos beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (NEME, 2006, p. 145).

Nas palavras de Christiani Marques:

Existe, ainda, para os portadores de deficiência, o sistema de reserva de mercado para o emprego, denominado de “cotas”. Há países que adotam a política de cotas; outros a rejeitam, sob dois argumentos: os portadores de deficiência poderão sentir que não possuem competência para atuar no mercado de trabalho; e os empregadores têm limitado seu poder de punição em face da lei de cotas. Contudo, tais países possuem legislações antidiscriminação. Os países que aceitam o referido sistema de cotas utilizam, concomitantemente, os mecanismos de cota-contribuição e cota-terceirizada (2006, p.122)²⁴.

Na legislação brasileira, a idéia de cotas está associada ao conceito de habilitação, conforme o artigo 36 do Dec. 3.298/1999, aplicável a pessoas portadoras de deficiência habilitadas²⁵.

José Pastore aponta algumas críticas relacionadas ao sistema de cotas,

(...) a empresa que entra no sistema de “cotas”, não pode mais sair dele – ainda que, por justo motivo, venha a suspender as atividades nas quais trabalham os portadores de deficiência. Esse tipo de proteção exagerada tende a assustar o empregador, transformando-se em discriminação adicional. As empresas, temendo não encontrar substituto equivalente para o portador de deficiência que vier a ser desligado, e não podendo demitir até mesmo quando encerrar as atividades em que ele trabalha, resistem em admitir o primeiro – o que limita as oportunidades de trabalho para os portadores de deficiência (PASTORE, 2006, p. 123)

Nota-se que mesmo existindo um sistema de cotas, não significa que ele será exercido eficazmente. “O sistema de cotas, originado de uma imposição legal, nem sempre garante que

²⁴ Os países que adotam o regime de cotas são: Alemanha, Áustria, Bélgica, França, Itália, Espanha, Holanda, Irlanda, Japão, China. Na América Latina: Brasil e Honduras. Já os países que rejeitam este sistema são: Portugal, Dinamarca, Suécia, Finlândia, EUA, Canadá, Austrália e Nova Zelândia.

²⁵ As empresas com mais de 100 empregados devem manter uma certa proporção de portadores de deficiência, que varia entre 2% e 5% (sistema de cotas progressivas), de acordo com o número de empregados. Além disso, a lei ainda determina que a vaga decorrente de dispensa de um trabalhador portador de deficiência deve ser obrigatoriamente preenchida por outro trabalhador nas mesmas condições.

a empresa vai cumpri-lo ou oferecer condições dignas de trabalho” (MARQUES, 2006, p. 123).

E continua a autora:

O tratamento igualitário, não discriminado e digno, não deveria decorrer de uma regulação compulsória, mas estar presente na formação de cada indivíduo. Todavia, como nossa sociedade ainda detém preconceitos arraigados, impõe-se, na hipótese dos portadores de deficiência, uma obrigatoriedade do emprego (...) As empresas sem qualquer compensação de benefícios, recursos e estímulos, deixam de adotar mecanismos para participação no mercado de trabalho do portador de deficiência. Vejamos dois exemplos: No primeiro há uma vaga a ser preenchida entre um negro e um portador de deficiência, o que pode gerar uma discriminação econômica: para empregar um negro, as empresas têm as mesmas despesas que para recrutar um branco. Mas para empregar um portador de deficiência, há custos de adaptação que não podem ser ignorados. A discriminação econômica só ocorre, portanto, quando entre duas pessoas de igual custo e produtividade, a empresa acolhe uma delas por razão de idade, sexo, cor ou não deficiência (...) No outro exemplo, uma empresa pode estar com seu quadro de pessoal completo, não havendo necessidade de mais funcionários. Nesse caso, para contratar um portador ele teria de despedir um não portador de deficiência. Isso estalaria um sério conflito entre o empregados da empresa e os candidatos aos seus postos de trabalho (MARQUES, 2006, p. 123/124).

Maria Elizabeth Antunes Lima (2000), transcreve um depoimento de uma portadora de LER, uma doença profissional, que anuncia que o carimbo na carteira de trabalho, noticiando que a pessoa é portadora de deficiência, imediatamente causa repulsa no empregador, e este alega que depois entra em contato, o que na verdade nunca ocorre, pois as empresas evitam assumir uma pessoa “doente”.

Assim, no enunciado de Goffman,

O indivíduo estigmatizado tende a ter as mesmas crenças sobre identidade que nós temos; isso é um fato central. Seus sentimentos mais profundos sobre o que ele é podem confundir a sua sensação de ser uma “pessoa normal”, um ser humano como qualquer outro, uma criatura, portanto, que merece um destino agradável e uma oportunidade legítima. Além disso ainda pode perceber geralmente de maneira bastante correta que, não importa o que os outros admitam, eles na verdade não o aceitam e não estão dispostos a manter com ele um contato de “bases iguais”. Ademais, os padrões que ele incorporou da sociedade maior tornando-no intimamente suscetível ao que os outros vêem como defeito, levando-o inevitavelmente, mesmo que em alguns poucos momentos, a concordar que, na verdade, ele ficou abaixo do que realmente deveria ser. A vergonha se torna uma possibilidade central, que surge quando o indivíduo percebe que um de seus próprios atributos é impuro e pode imaginar-se como um não – portador

dele. (...) A característica central da situação de vida do indivíduo estigmatizado pode, agora, ser explicada. É uma questão do que é com frequência, embora vagamente, chamado de “aceitação”. Aqueles que tem relações com ele não conseguem lhe dar o respeito e a consideração que os aspectos não contaminados de sua identidade social os havia levado a prever e que ele havia previsto receber; ele faz eco a essa negativa descobrindo que alguns dos seus atributos a garantem (GOFFMAN, 1988, 16/18).

Na realidade, o trabalhador deficiente, tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, não deveria sofrer qualquer discriminação em relação a qualquer aspecto, principalmente do seu contrato de trabalho, seja ele na contratação, na manutenção do contrato, bem como na rescisão.

Porém, como visto não é o que ocorre, e os deficientes físicos acabam atraindo para si muitos problemas na relação empregatícia.

Muitos empregadores acham que os portadores de deficiência não se adaptam bem em trabalho em grupo; que são rejeitados pelos colegas; que são demasiadamente sensíveis, temperamentais e até ingratos; que magnificam seus problemas para conseguir benesses; que criam problemas para os colegas; que afastam clientes; que constituem um grande problema numa hora de incêndio ou emergência etc. Isso ocorre também com os profissionais de recursos humanos, administradores em geral e chefias. Por sua vez, ter um chefe compreensivo é um dos fatores mais importantes para a adaptação de um portador de deficiência em um novo ambiente de trabalho (PASTORE, 2000, p. 211).

As pessoas não deficientes devem avaliar a inteligência e competência das pessoas deficientes e não apenas se restringir aos aspectos meramente físicos, qual seja, a beleza, a estatura ou forma física, bem como os deficientes físicos devem demonstrar a sua capacidade de integração e de realização das atividades profissionais, tanto individuais quanto coletivas.

Importante citar a lição de Erving Goffman:

(...) um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social cotidiana possui um traço que pode-se impor à aceitação e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus. Ele possui um estigma, uma característica diferente da que havíamos previsto. Nós e os que se afastam negativamente das expectativas particulares em questão serão por mim chamados de normais. (...) As atitudes que nós, normais, temos com uma pessoa com estigma, e os atos que empreendemos em relação a ela são bem conhecidos na medida em que são as respostas que a ação social benevolente tenta suavizar e melhorar. Por definição, é claro, acreditamos, que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso fazemos, fazemos vários tipos de

discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida (GOFFMAN, 1988, p. 14).

A Revista Veja, de 12.06.2002, publicou alguns fatos que bem demonstram a capacidade dos portadores de deficiência no desempenhar de algumas funções:

Na distribuição de materiais de escritório Gimba, Barueri, Grande São Paulo, mais de trinta deficientes auditivos selecionam e embalam os produtos encomendados pelos clientes (...) No laboratório Fleury, em São Paulo, vinte pessoas com problemas visuais foram contratadas para trabalhar na câmara escura de Raio X (...) Na fábrica da Black & Decker, em Uberaba, Minas Gerais, as posições no final da linha de produção foram preparadas exclusivamente para receber os chamados cadeirantes (Revista Veja, p. 75, 12.06.2002).

Atualmente, como já constatado existem muitas normas que tutelam os direitos dos deficientes, principalmente na relação empregatícia, no intuito de retirá-los da esfera da discriminação.

No entanto, o mecanismo legal por si só, não basta. É preciso que a sociedade civil, bem como a administração pública, estabeleça e efetive políticas públicas, a fim de acabar com o problema da discriminação, ainda tão grave no Brasil. Ademais, deve ainda a sociedade brasileira dar atenção especial ao sistema educacional, pois quanto maior o empobrecimento do conhecimento, maior será cerceada a construção da cidadania e a perda da dignidade.

3.7. Ações afirmativas

Do presente estudo resta claro que o caminho para se atingir a igualdade no maior grau possível passa necessariamente por uma postura do Estado e da sociedade, em conjunto, quer evitando as discriminações, quer dando maior eficácia ao princípio vigente.

Nota-se assim, que a abrangência desse conceito vai além do princípio de vedação da desigualdade ou da proibição da discriminação, que por si só não garante o seu cumprimento.

Afasta-se a idéia de que a igualdade seria um conceito estanque, devendo atuar dinamicamente na sociedade através de mecanismos legais específicos.

Daí as ações afirmativas²⁶.

Conforme Vera Lúcia Carlos (2004, p. 33), “dá-se o nome de ações afirmativas ao conjunto de medidas legais, políticas sociais e programas instituídos com a finalidade de corrigir as desigualdades e promover a igualdade de oportunidades”.

Para Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas se definem,

(...) como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Quando o Estado adota políticas públicas de ação afirmativa, ou pela terminologia do direito europeu, de discriminação positiva, abandona a posição de neutralidade e passa a buscar a igualdade jurídica e social de seus cidadãos. Nesse sentido, complementa Joaquim Barbosa Gomes:

(...) um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES, 2001, p. 27).

Assim, é necessário que o Estado se afaste da postura estática e passe a atuar e perseguir ativamente a realização da igualdade preconizada na Constituição Federal, bem

²⁶ O princípio da igualdade jurídica, a partir da década de 60, passa por uma remodelação constitucional, alterando-se a concepção a ser adotada por um sistema normativo democrático: a igualdade passa a ser promotora da igualação. (...) Na verdade, quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, em 4 de junho de 1965, na Howard University, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson se todos ali eram livres para competir com os demais membros da sociedade em igualdade de condições. (...) Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que se tornou conhecido, e posteriormente foi assim denominado pela Suprema Corte, como *affirmative action*. Movimento este que compromissou as organizações e instituições públicas e privadas com uma nova prática, no Direito, do princípio constitucional da igualdade. (...) A expressão ação afirmativa foi utilizada pela primeira vez numa ordem executiva (decreto de execução em nosso ordenamento) federal norte-americana do mesmo ano de 1965, onde se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação dos grupos ditos minorias, desiguados social, e por extensão, juridicamente (SILVA, 2003, p. 63).

como a neutralização dos males decorrentes da diferenciação social, atuando ativamente no sentido de amenizar a questão das desigualdades sociais (ATCHABAHIAN, 2006, p. 161).

Deste modo, “correto destacar que as ações afirmativas utilizam, para seu desiderato, a discriminação, mas a discriminação justificada com o escopo de perseguir a igualdade” (ATCHABAHIAN, 2006, p. 161).

Segundo Renata Malta Vilas-Bôas,

(...) o que transforma esse princípio em um princípio inovador nos Estados sociais decorre do fato de que a vida social nada mais é do que uma forma de competição que tem como objetivo a aquisição de bens escassos. Desta forma, entende Maren Guimarães Taborda, que visando à colocação de todos os indivíduos na sociedade de forma que tenham iguais condições de competição por aqueles bens da vida tidos como essenciais, é preciso favorecer alguns indivíduos diante de outros, criando, de forma artificial, discriminações que de outro modo não existiriam. Passamos a ter uma desigualdade para se atingir uma igualdade, posto que esta desigualdade visa corrigir uma desigualdade pretérita. A nova igualdade passa a ser o “resultado da equiparação” entre duas desigualdades (VILAS-BOAS, 2003, p. 71).

Não se teve, nem seria de se esperar que se tivesse, a erradicação do preconceito e o fim de todas as formas de discriminação em todos estes anos de prática do princípio da igualdade jurídica concebido com a compreensão da ação afirmativa.

Mas se teve, e ainda se tem, a reversão do conceito jurídico do princípio da igualdade no Direito em benefício dos discriminados. De um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica (ROCHA, 1996, p. 286).

Isto não significa que se pretenda, com a ação afirmativa, trocar os beneficiários de uma estrutura excludente, produzindo-se novas discriminações, agora em detrimento das majorias, que, “sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no direito” (ROCHA, 1996, p. 286).

Na verdade, a precisa medida dos programas e planos objetivando a ação afirmativa se constata num contexto de razoabilidade que busca consolidar a ordem constitucional, de modo que qualquer excesso acaba por representar violação à própria ordem constitucional.

Para Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva (2006, p. 65), “à guisa de incluir-se uns, não se pode excluir os demais. Busca-se, tão – só, com o manejo da ação afirmativa, através de uma tratamento diferenciado, como por exemplo, mediante a adoção de quotas, que haja a introdução e absorção, na estrutura político-social, daqueles que de forma diversa restariam marginalizados”.

É importante salientar que não se quer ver produzidas novas discriminações com a ação afirmativa...Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas, ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir etc., com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre a disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não-discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade (ROCHA, 1996, p. 286).

E prossegue a autora:

(...) a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela, afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e 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 a minorias (ROCHA, 1996, p. 286).

Isso porque a ação afirmativa passou a significar a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualadas, por

preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais.

Com efeito, a mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da ação afirmativa, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim das entidades públicas (SILVA, 2003, P. 63).

Destarte, o ponto de vista do que seja uma minoria a ser protegida pela ação afirmativa, assume papel relevante. A esse respeito, Carmem Lúcia Antunes Rocha:

Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão no que de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente 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 da 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 minoria, 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 dos negros e mulheres no Brasil que são tidas como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira (ROCHA, 1996, P. 285).

Resta claro, portanto, que para as ações afirmativas, o termo “minoria” não guarda parâmetro com a quantidade, mas sim com a discriminação sofrida por certo grupo.

Para Serge Atchabahian,

(...) não se podem tomar as ações afirmativas como atitudes de mero encorajamento ou louvor moral, como campanhas de apelo à consciência social por parte da coletividade, das empresas ou de grupos econômicos. É necessária a vinculação com o atingimento de determinadas metas ou recursos reparatórios, enquanto mecanismos de inclusão e reparação de discriminações historicamente estabelecidas. (...) Da mesma forma, a ação afirmativa não é necessariamente sinônimo de criação de cotas mínimas para participação de minorias em determinado segmento, muito embora tal

sistema configure sua mais efetiva atuação. Existem diversas outras maneiras de implantação de ações positivamente discriminatórias, capazes de promover avanços na busca da superação da desigualdade material, tais como incentivos fiscais, implementos promocionais, títulos em licitações, entres outros (ATCHABAHIAN, 2006, p. 169).

Portanto, conforme Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva (2003, p. 64), não só as pessoas físicas, exclusivamente, podem ser contempladas, mas inclusive pessoas jurídicas, pequenas empresas, empresas de propriedades de grupos minoritários étnicos ou raciais, discriminados de uma forma geral (como negros e mulheres) ou especial (orientais de algum Estado) etc.; isto é, todo um universo de excluídos e marginalizados passa a ser sujeito da ação afirmativa.

Como já visto, no direito pátrio, o artigo 3º da Carta Constitucional, estabelece como objetivos fundamentais da República: “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 preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁷”.

Ademais, o Título I da Lei Maior versa sobre os princípios constitucionais fundamentais que se traduzem como objetivos primordiais na nação brasileira. Assim, forçoso admitir que para se cumprir estes objetivos insertos no citado artigo 3º, somando-se a indesejável desigualdade existente, deve-se valer do tratamento desigual justificado. Aqui o fundamento constitucional para a aplicação das ações afirmativas.

Para Serge Atchabahian (2006, p. 176), “apesar desta Constituição Federal datar de 05 de outubro de 1988 e, portanto, havendo desde aquela data autorização para a aplicação das ações afirmativas, somente por agora são notados seus primeiros e singelos passos”.

No âmbito infraconstitucional, referente às pessoas portadoras de deficiência física, tem-se a Lei 8.112/90, artigo 5º, § 2º, que estabelece quotas de até 20% para os portadores de

²⁷ Constituição Federal do Brasil de 1988, artigo 3º.

deficiência física no serviço público da União; a Lei 8.213/91, artigo 3º, que estabelece quotas para portadores de deficiência física no setor privado; Lei 8.666/93, artigo 24, inciso XX, que autoriza a inexigibilidade de licitação para a contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiência.

Para Amauri Mascaro do Nascimento (1998, p. 292):

(...) os direitos a um emprego (não ser discriminado, liberdade de escolha de profissão, integridade física) são efetivados perante a sociedade e nas relações de trabalho pelas garantias, as quais podem ser realizadas por meio de ações positivas ou negativas (proibições). Naquela, as ações devem partir do Estado, da sociedade, do sindicato e do empregador; nesta, decorrem de preceitos normativos, vedando comportamentos que possam ferir esses direitos, e são voltadas principalmente para o empregador.

Contudo, a exclusão social ainda está muito presente no Brasil. Por isso, nesse Estado moderno, surge a necessidade de políticas sociais de apoio a grupos socialmente excluídos, devendo o direito percebê-los e tratá-los de acordo com sua especificidade.

Nesse sentido, conforme Atchabahian (2006, p.197), “pode-se concluir que as ações afirmativas constituem o instrumento mais avançado que o Estado de Direito, no exercício da democracia, possui para fazer incluir minorias discriminadas, fazendo frente a ideologias excludentes de todas as formas”.

Porém, o autor alerta que há um cuidado a se tomar:

(...) talvez o maior motivo de preconceitos às ações afirmativas seja a distinção entre estas e a ação assistencialista. A ação positiva pretende que o indivíduo socialmente fragilizado seja munido de instrumentos eficazes para promover a sua inclusão no seio da sociedade. A partir da adoção de uma política includente, o indivíduo é capaz de se reconhecer como parte do processo democrático, não mais necessitando dela para se afirmar enquanto ser humano. Já a ação assistencialista não proporciona autonomia, tornando o indivíduo eternamente dependente desta ou daquela política governamental (...) levando à criação de um grupo à margem, vítima, preso à bondade dos programas governamentais (ROCHA apud ATCHABAHIAN, 2006, p. 198).

Vale observar que as ações afirmativas, conquanto ainda não se constituam intervenções governamentais dotadas de força e efetividade suficientes para eliminar as desigualdades históricas tão sedimentadas, podem assumir um papel bastante significativo de

corrigi-las na atualidade, buscando a promoção de mecanismos que ofereçam igualdade de oportunidades aos grupos discriminados.

Retomando a questão dos portadores de deficiência, não adianta somente a criação de leis para integrá-los; as ações devem ser conjuntas, permitindo incentivos às empresas, tais como a redução da carga tributária para empresas que admitem o portador de deficiência, a fim de não gerar um estigma mais forte, visto que o empregador poderá se utilizar de subterfúgios para não empregá-lo; e o incentivo para a contratação (Portaria 772, de 26.08.1999, do Ministério do Trabalho e Emprego) (MARQUES, 2006, p. 129).

Para a autora:

As ações afirmativas, para terem efetividade no sistema, deverão ter outros mecanismos concomitantes, tais como leis, medidas estimuladoras na educação e fiscalização; mecanismos de mercado, sistemas de contribuição, incentivos, deduções, subsídios e premiações, pois muitas vezes a sociedade não está preparada para a mudança. Como exemplo, podemos destacar algumas ações afirmativas: a obrigatoriedade das empresas admitirem uma quota de portadores de deficiência como empregados; preenchimento das vagas escolares com alunos portadores de deficiência (MARQUES, 2006, p. 130).

No pensamento de Norberto Bobbio (1997, p. 43), “a igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização”.

Para Carmem Lúcia Rocha (1996, p. 289) “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”.

Portanto, o mandamento constitucional da igualdade, como já visto, abriga a igualdade formal, vedando a criação de privilégios por adoção de tratamento diferenciado desarrazoado; bem como abriga a igualdade material, autorizando a adoção de discriminações positivas, que incidindo na relação fática e concreta entre as pessoas busca efetivar uma igualdade real.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se pode notar, a efetividade do princípio da igualdade há muito é discutida e até hoje não foi alcançada. Desde a Revolução Francesa (a igualdade foi um dos lemas da Revolução), originaram-se variados estudos, os quais se reportam ao conceito formal de igualdade entre os homens.

O avanço dos movimentos em prol da diminuição das injustiças sociais foi o que fez resultar o conflito, até hoje não resolvido, entre a limitada noção da igualdade jurídica, que de acordo com sua origem liberal francesa preconiza não mais ou pouco mais que a abolição dos privilégios pessoais, e o desejo da igualdade real, isto é, de igualdade de fato entre os homens no meio social, conflito este que se pode dizer, passou a constituir tormento de todo regime político.

Com o advento do Estado democrático de direito, acostumou-se a ouvir que todos são iguais, e para tanto, a ação do Estado deve se encaminhar para a realização de resultados ou igualdade substancial, tão almejada pelo cidadão, especialmente os portadores de alguma deficiência física, vítimas notáveis da prática discriminatória.

O ser humano há de constituir o valor supremo da democracia, o objetivo primacial do sistema jurídico. O princípio da dignidade humana exprime o desprezo coletivo aos métodos, imputáveis aos órgãos públicos ou aos particulares, que arrefeçam quaisquer dos aspectos essenciais da personalidade do homem.

A Constituição brasileira vigente, embora disponha que “todos são iguais” – art. 5º, “*caput*” - permite desigualar, com base em alguns motivos, quais sejam: raça, sexo, renda, etc. Deste modo, há a possibilidade de desequiparar pessoas e situações; entretanto, para isso será preciso analisar se os critérios admitidos são justos e lógicos. Isso permite compreender

que os deficientes físicos, em virtude de sua condição, têm direito à quebra da igualdade em ocasiões das quais participe com pessoas não deficientes.

A existência de casos excepcionais justifica a existência de medidas excepcionais. Diante de indivíduos que por determinação física ou psíquica se encontrem desprivilegiados perante a sociedade, torna-se imprescindível intervir com o fim de garantir a igualdade de condições.

Por isso, no modelo democrático brasileiro as pessoas portadoras de deficiência têm proteção especial garantida por lei. Esta proteção visa acabar com a exclusão destas pessoas na sociedade, e integrá-los, seja na acessibilidade, seja na educação, seja no mercado de trabalho.

Garantir a esse grande grupo da população esses bens e direitos é dever do Estado, que deve zelar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos direitos sociais e individuais indisponíveis, baseando-se no princípio da igualdade e pautando-se na cidadania e na dignidade da pessoa humana.

Ademais, aos empregadores é preciso desmistificar a idéia que os deficientes são pessoas que não se adaptam bem no emprego devido às suas determinações físicas, e reconhecer que eles são capazes e competentes para desempenhar a sua função como qualquer outro indivíduo sem deficiência.

No entanto, mais do que leis, é preciso haver mudanças culturais e mais conscientização por parte da sociedade. As normas proibitivas não são suficientes para afastar do cenário a discriminação. Como visto anteriormente, é preciso contar com normas integrativas (ações afirmativas).

A adoção de ações afirmativas para corrigir distorções sofridas pelas minorias no Brasil é um passo importante no cenário histórico e social, pois busca-se o tratamento igualitário de todos os cidadãos.

A superação das desigualdades, através de políticas de distribuição de renda e equalização de posições excessivamente desvantajosas, visa alcançar a igualdade substancial. Resulta desse aperfeiçoamento jurídico-político, pela via da ação afirmativa, a possibilidade do acesso ao trabalho e à educação. Esse se constitui num mecanismo jurídico eficaz no combate à discriminação direta e indireta, comuns nas sociedades economicamente estratificadas.

Conforme Serge Atchabahian (2006), se a sociedade brasileira deseja o bem de todos os seus cidadãos, deve começar pela palavra República, que consta no nome da nação. Se a República significa “coisa de todos”, não é aceitável que parte da população nacional seja discriminada ofendendo o direito de se obter a igualdade de tratamento de oportunidades.

Somente assim se guindará cada brasileiro à condição de cidadão. É assim que se transformará o Brasil em uma nação rica e de todos. É assim que se atingirá aquilo que Aristóteles dizia estar acima de tudo: a felicidade.

REFEÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: Corde, 2003.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. São Paulo, RCS, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicómaco**. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. Atual. Misabel Abreu Machado. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Teoria do Estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo, Celso Bastos, 2004.

_____. GANDRA DA SILVA, Ives. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

_____. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **O futuro da democracia: em defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Ciência política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORON, Atílio. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

BRITO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Almedina, 1999.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a Compreensão das Normas Programa. Lisboa: Coimbra Editora: s/d.

CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Método, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito comparado**. Belo Horizonte, n. 3, mai., 1999.

CASTRO SANTOS, Maria Helena. Que democracia? Uma visão conceitual desde a perspectiva dos países em desenvolvimento. DADOS, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 44, n. 4, p. 729-771, out. 2004.

DAHL, Robert. **Poliarquia**. São Paulo: USP, 1997.

_____. **Um prefácio à teoria democrática**. São Paulo: USP, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de uma teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva: 2000.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

DÍAZ, Elias. **Estado de derecho e y sociedad democrática**. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973.

DORIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional tributário e due process of law**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Havard Universit Press, 1999.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, Anaclato de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Ltc, 1998.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel: As concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci**. Trad. Dario Canali. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 2000.

HUNTINGTON, Samuel. **A terceira onda: a democratização no final do século XX**. São Paulo: Editora Ática, 1994.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Pref. Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

LIMA, Antônio Sebastião de. **Teoria do Estado e da Constituição: fundamentos do direito positivo**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998.

LIMA, Maria Elizabeth Antunes. A discriminação no contexto do Trabalho – O caso dos portadores de lesões por esforços repetitivos. In: VIANA, Marcio Túlio; RENAULT, Luis Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: Ltr, 2000.

LINZ, J. J.; STEPAN, A. **A transição e a consolidação da democracia**: a experiência do sul da Europa e da América do Sul. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LOCKE, John. Segundo **Tratado sobre o governo**. Coleção: os Pensadores. São Paulo: abril cultural, 1978.

MACHADO, Eliel R. Mal-estar da democracia no Brasil e na Argentina nos anos 90: lutas sociais na contramão do liberalismo. **Tese de Doutorado**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica 2004.

MACPHERSON, C. B. **A democracia liberal**: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

MAINWARING, Scott; BRINKS, D; LIÑAN, A. P. Classificando regimes políticos na América Latina, 1945-1999. DADOS, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 44, n. 4, p. 645-687, jan. 2002.

MARQUES, Christiani. Discriminação no emprego. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1990.

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8.ed. Rio de Janeiro, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra, 1997.

MOISÉS, José Álvaro. Entre a “incerteza e a tradição política”: uma crítica da primeira geração de estudos da transição. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 40, p. 88-110, nov. 1994.

MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada**: e legislação constitucional. Pref. Ministro Celso de Mello. São Paulo: Atlas: 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1998.

NEME, Eliana Franco. Dignidade, igualdade e vagas reservadas. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUN, José. A democratização e a modernização trinta anos depois. **Lua Nova**, São Paulo, n. 27, p. 31-57, 1992.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in) efetividade da lei na América Latina. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 51, p. 37-61, julho, 1998.

_____. Sobre o Estado, a democratização e alguns problemas conceituais: uma visão latino americana com uma rápida olhada em alguns países pós-comunistas. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 36, p. 123-145, julho, 1993.

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo, LTr, 2000.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRZEWORSKI, A. et al. O que mantém as democracias? **Lua Nova**, São Paulo, n. 40/41, p. 113-135, 1997.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. A justiça como equidade. In: Krischke, Paulo J. (Org.). **O contrato social: ontem e hoje**. São Paulo: Cortez, 1993.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **O Princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

_____. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano33, nº 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

_____. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Safe, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Lourdes Santos Machado. Consult. Marilena Chauí. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

SALLUM, Brasília Júnior. Transição política e a crise do Estado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 32, p. 132-167, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1975.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Princípio Constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. **Revista dos Tribunais**, 235/7.

SEM, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record., 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Org. Aurélio Wander Bastos; pref. José Ribas Vieira; trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro, 1988.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso. Curso de **Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SIMÓN, Sandra Lia. O Ministério Público do Trabalho e a tutela da pessoa portadora de deficiência. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Victor Civita: 1983.

TOCQUEVILLE, Aléxis. **A Democracia na América**. São Paulo: Victor Civita, 1979.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

VASSOURAS, Vera Lúcia Conceição. **O mito da igualdade jurídica no Brasil**: notas críticas sobre a igualdade formal. São Paulo: Edicon, 1994.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEFFORT, Francisco. Novas democracias. Que democracias? **Lua Nova**, São Paulo, n. 27, p. 5-29, 1992.

WOOD, Ellen M. **A democracia contra capitalismo**: a renovação do materialismo histórico. São Paulo: Boitempo, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho; Coord. J. J. Gomes Canotilho. 12. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

