**FUNDAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – APLICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**1. INTRODUÇÃO**

A Constituição brasileira de 1988, assim como outras Cartas Magnas de democracias consolidadas pelo mundo, tem por princípio a igualdade. Esse é alicerce para todos os direitos humanos. **Não há que se falar em democracia ao se abdicar do** princípio da equidade. A ideia está inserida no artigo 5º, onde se está descrito:

“**Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade** (...)”. Um pouco mais a frente, os constituintes asseguraram no inciso IV, do artigo 3°, que o fundamento da República estaria na promoção do **“bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.**

**Conceito de Igualdade**

A definição de **igualdade**, assim como sobre outros conceitos científicos, evolui com o tempo. A similaridade defendida pelo liberalismo era a igualdade formal, que tinha por fim abolir os privilégios existentes na própria lei. Os liberais argumentavam que todos deveriam ser iguais perante a lei, possuindo os mesmos direitos garantidos no ordenamento jurídico. Com o passar dos anos, a evolução da sociedade, tal qual seus anseios, a igualdade meramente formal tornou-se insuficiente.

O princípio da igualdade passou a conter a previsão de ações que o afirmasse, que o tornasse efetivo não apenas na letra da lei, mas também na realidade fática. Nesse contexto, surgiu a igualdade material, que visa garantir a justiça social, proporcionando a igualdade de oportunidades, bem como condições reais de vida.

Ademais, passou-se a não mais reconhecer apenas uma igualdade estática e negativa, mas uma igualdade dinâmica e positiva, que possui a intrínseca missão em promover o equilíbrio jurídico. Assim, começou-se a exigir não apenas o tratamento igual ao igual, mas o desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade.

A própria existência de um princípio constitucional que garanta a igualdade em nosso ordenamento jurídico já nos leva a concluir que existem desigualdades. Por isso, cabe ao poder público criar mecanismos que façam com que essas desigualdades sejam atenuadas. Dentre esses mecanismos, estão as ações afirmativas.

Tais ações são, aproximadamente, instrumentos criados pelo poder público que, de forma transitória, visam corrigir deformações sociais, buscando incluir socialmente os grupos taxados como minorias, particularmente negros, mulheres, homo afetivos e portadores de deficiência física.

**1. DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO**

A expressão princípio possui múltiplos sentidos, além de ser um tema bastante controverso no Direito. Apesar disso, iremos apresentar um conceito que irá nos ajudar na compreensão do princípio da igualdade, em seu sentido formal e material, e na sua aplicação ao caso concreto, sem ter o intuito, porém, de problematizar ou aprofundar na questão.

Os princípios são:

**2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Canotilho divide os princípios constitucionais em político-constitucionais e jurídico-constitucionais. Os princípios político-constitucionais “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”. Na CF/88, esses princípios estão contidos nos artigos 1° ao 4°. Já os jurídico-constitucionais “são princípios constitucionais gerais informadores da ordem nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais (...)”.

De acordo com o constitucionalista português, os direitos fundamentais, assim como o princípio da igualdade, fazem parte dos político-constitucionais (CANOTILHO E MOREIRA, 1984 apud AFONSO DA SILVA, 2006).

|  |
| --- |
| **ASSISTA**  **AGU Explica – Princípios Constitucionais da Administração Pública – LIMPE (artigo 37, CF/1988)**  <https://www.youtube.com/watch?v=k8GtNyO-ZAY> |

**3.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

A efetivação do princípio da igualdade é de fundamental importância para a garantia da existência do Estado Democrático de Direito. Não se concebe uma sociedade democrática sem a aplicação desse princípio, que é um dos seus fundamentos. José Luiz Quadros de Magalhães defende ser a igualdade jurídica o alicerce dos direitos individuais, tendo como função a transformação dos direitos dos privilegiados em direitos de todos os seres humanos.

O constitucionalista acredita que esse princípio não se restringe aos direitos individuais, fundamentando também todos os direitos humanos (MAGALHÃES, 2004). Nessa mesma linha está José Joaquim Gomes Canotilho, que coloca o princípio da igualdade como “um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais (...)” (1993).

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que a Lei não pode assegurar privilégios ou perseguições, deve, porém, ser instrumento que regula a vida social tratando de forma equitativa todos os cidadãos. O autor afirma que esse deve ser o conteúdo “político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes” (MELLO, 1999).

O preceito em tela tem como fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil o artigo 5º, caput, qual seja: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, (...)” e, além disso, tem como referência o artigo 3°, inciso IV, para o qual “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” é um fundamento da República.

Assim, percebe-se a importância dada pelos constituintes brasileiros ao princípio da igualdade, colocando-o como base, estrutura para a formação da República (MAGALHÃES, 2004). Ferreira Filho (2004), dando a sua interpretação sobre o princípio da igualdade, defende que o tratamento dos iguais deve ser diferente em relação aos que se encontra em estado de desigualdade.

Com efeito, percebe-se a importância do postulado aristotélico que conceitua a igualdade como tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Canotilho (1993) também resguarda a importância de se tratar de forma igual os indivíduos de mesmas características no que diz respeito à aplicação e a previsão da lei.

Assim, a igualdade reduzida ao seu sentido formal, pode implicar no “simples princípio da prevalência da lei em face da jurisdição e da administração”. A fim de resolver o problema acima mencionado, Canotilho afirma ser importante delimitar os contornos do princípio da igualdade em seu sentido material, não ignorando, claro, a importância do seu sentido formal (1993, p. 564).

A justiça formal, que se relaciona com a igualdade formal, consiste em “um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”, já a justiça material, intrinsecamente ligada à igualdade material, é “a especificação da justiça formal, indicando a característica constitutiva da categoria essencial, chegando-se às formas: a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo os seus méritos; a cada um a mesma coisa”.

Assim, por existir desigualdades, é que se busca a igualdade material, tendo como objetivo “realizar a igualização das condições desiguais” (SILVA, 2006, p. 214). O artigo 1° da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreve que os homens nascem e crescem iguais em direito. Tal declaração consagra a igualdade formal no campo político, de caráter negativo, com o intuito de simplesmente abolir os privilégios de classe.

Tal norma implicou sérias desigualdades econômicas, haja vista que se pautava numa visão individualista, vinda de uma sociedade liberal. Desde o império, nossas constituições também se baseavam na igualdade perante a lei, tratando todos igualmente sem levar em consideração a distinção entre os diferentes grupos (SILVA, 2006).

A atual Constituição da República Federativa do Brasil garante reais promessas de igualdade material. Isso se dá no artigo 5°, I, quando tenta igualar em direitos e obrigações os homens e as mulheres; no artigo 7°, XXX e XXXI, que veda distinções fundadas em certos valores, tais como “diferenças de salários, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Prevê ainda, de forma programática, a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3°, III), repulsa com a discriminação (artigo 3°, IV), dentre outros (SILVA, 2006, p. 211/212). Kildare Gonçalves Carvalho acredita que a igualdade formal, vista como igualdade de oportunidades e igualdade perante a lei, é insuficiente para que se efetive a igualdade material, definida pelo autor como “igualdade de todos os homens perante os bens da vida (...)”. O constitucionalista, por acreditar que os homens são desiguais em capacidade, ao lado de fatores como compleição física e estrutura psicológica, acredita ser difícil a efetivação da igualdade formal (CARVALHO, 2004, p. 402).

Canotilho defende que o sentido material deve se aliar à ideia de igualdade relacional, pois ela pressupõe uma relação tripolar:  o indivíduo a é igual ao indivíduo b, tendo em conta certas características. Um exemplo extraído da jurisprudência portuguesa: o indivíduo ‘a’ (casado) é igual ao indivíduo ‘b’ (solteiro) quanto ao acesso ao serviço militar na Marinha, desde que reúna as condições da admissão legal e regularmente exigidas (CANOTILHO, 1993, p. 564).

A fórmula “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” não contém critério material para que se realize um juízo de valor em relação à igualdade ou desigualdade. Uma das maneiras de se valorar a relação de igualdade é por meio da proibição geral do arbítrio, que é a violação arbitrária da igualdade, ou melhor, quando a diferenciação entre indivíduos ou a desigualdade de tratamento tem origem na arbitrariedade. Apesar disso, a proibição geral do arbítrio é insuficiente caso não seja fundada em critérios que possibilitem a valoração das relações de igualdade.

Assim, deve-se existir um critério material objetivo para se analisar o tratamento igual ou desigual. A proibição geral do arbítrio não deve ser a única forma de se interpretar a igualdade, deve ser apenas uma autolimitação da atuação do juiz, não impossibilitando, pois, a busca por formas mais adequadas ao caso concreto. Para se buscar uma análise mais adequada, deve-se aliar a necessidade de valoração ou de critérios de qualificação com a necessidade de encontrar elementos de comparação subjacentes ao caráter relacional do princípio da igualdade (CANOTILHO, 1993).

Celso Antônio Bandeira de Mello acredita que para que ocorra uma discriminação legal, respeitando o princípio da isonomia, deve se aliar quatro elementos, que são: a) que a diferenciação não atinja apenas a um indivíduo; b) que as situações ou pessoas afetadas pela diferenciação sejam realmente distintas entre si; c) “que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecidas pela norma jurídica” (MELLO, 1990 de CARVALHO, 2004, p. 403).

O princípio da igualdade, sob o ponto de vista jurídico constitucional, “assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida”. Essa igualdade está comprometida com uma política de justiça social e com a garantia de normas constitucionais tendentes à efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, deve ser visto não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, mas também como princípio “impositivo de compensação de desigualdade oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)” (CANOTILHO, 1993, p. 568).

Nas palavras da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, o que se busca não é uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça  o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino.

O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa se desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único (ROCHA, 1990 apud SILVA, 2006, p. 213).

Marciano Seabra de Godoi esclarece que é melhor conceituar a igualdade como “tratar os indivíduos como iguais” do que tratar os indivíduos igualmente. O autor, citando Habermas, diz que não deve ocorrer necessariamente uma igualdade na forma de tratamento prevista em lei, deve existir, sim, uma equiparação nos direitos e “na forma efetiva em que participam do processo de elaboração da norma” (GODOI, 1999 apud SOUZA CRUZ, 2005, p. 12).

Por fim, só se pode conceber uma sociedade como democrática a partir do momento em que se garante a igualdade. A possibilidade de se permitir a inclusão de diferentes projetos de vida numa sociedade pluralista, ainda que assim se permita a aplicação desigual do direito por meio de mecanismos de inclusão, é que permite a autocompreensão de uma sociedade como democrática.

|  |
| --- |
| Resultado de imagem para fique de olho icone **PRINCÍPIO DA IGUALDADE**   * Diz a Constituição que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (Artigo 5º). * Logo, o administrador não pode tratar de forma desigual situações iguais no campo dos direitos e das obrigações. * Tratamento igual, para situações iguais, e desigual, para situações desiguais. |

* 1. **PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE**

Para Menezes (2008), o princípio da impessoalidade concebe várias interpretações, e, entre elas, o entendimento de que os funcionários não devem ser individualizados, a não ser para imputar ao mesmo falta ou responsabilizá-lo perante a Administração Pública. Infere-se a ideia de que todos os administrados devem ser tratados sem favoritismo nem perseguição. Interesses particulares não podem interferir na atuação administrativa.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2010) este princípio costuma ser tratado pela doutrina sob duas vertentes:

a) Como determinante da finalidade de toda atuação administrativa – qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei, será nulo por desvio da lei.

b) Como vedação a que o agente público se promova às custas das realizações da administração pública – conforme explícito no artigo 37, § 1º da Constituição de 1988.

**Artigo 37 – (...)**

**§ 1º** – A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

|  |
| --- |
| **PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE**   * Resultado de imagem para fique de olho icone**A Administração Pública deve atuar sem que a figura do administrador seja identificada.** * **A administração não se dispõe à promoção pessoal, já que o administrador atua em nome do interesse público.** * **Também os seus atos não podem privilegiar pessoas específicas.** * **Devem ser dirigidos a todos, indistintamente.** |

**3.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE**

A moral administrativa difere da comum pelo fato de ser jurídica e também pela possibilidade de anulação dos atos administrativos que a contrariem. Na verdade, a moral administrativa liga-se à ideia de probidade e boa-fé, como dizem Alexandrino e Paulo (2010).

Tal qual consta no artigo 5°, LXXIII da Carta Magna, um dos meios de controle judicial da moral administrativa se dá através de ação popular:

**Artigo 5° (...)**

**LXXIII** – Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Como cita Miranda (2005), a partir da Constituição de 1988, a moralidade passou a ser elemento integrante do conceito de legalidade administrativa. Assim, ato administrativo imoral é sinônimo de ato administrativo ilegal e, como tal, deverá ser anulado pela Administração ou pelo Poder Judiciário.

|  |
| --- |
| **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**   * O princípio da legalidade está na base do Estado de Direito. * **Resultado de imagem para fique de olho icone**Entre os particulares vige o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual o que não for proibido por lei é permitido. * Para o administrador público isso não basta, ele deve agir sob o império das leis. * Só pode fazer o que a lei lhe autoriza. |

|  |
| --- |
| **PRINCÍPIO DA FINALIDADE**   * Resultado de imagem para fique de olho iconeAlém de ater-se à letra da lei, o administrador deve considerar o objetivo que gerou sua criação. * Deve buscar o resultado prático, eficiente, compatível com as reais necessidades e aspirações da sociedade (interesse público). |

|  |
| --- |
| **PRINCÍPIO DA MORALIDADE**  **Legalidade + Finalidade = Moralidade**Resultado de imagem para fique de olho icone   * Ética da conduta administrativa. * A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. * O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.   **Dec. n.º 1.171, de 22/06/94.** |

**3.4. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE**

Geralmente esse princípio é tratado sob dois prismas (ALEXANDRINO e PAULO, 2010):

a) Exigência de publicação em órgão oficial como requisito da eficácia dos atos administrativos que devam produzir efeitos externos e dos atos que impliquem ônus para o patrimônio público – a publicidade não está ligada a validade do ato, mas à sua eficácia, isto é, enquanto não publicado, o ato não está apto a produzir efeitos;

b) Exige a transparência da atuação administrativa – diz respeito à exigência de que seja possibilitado, da forma mais ampla possível, o controle da administração pública pelos administrados.

O que pode ser verificado no artigo 5°, XXXIII da Constituição:

**Artigo 5° (...)**

**XXXIII –** Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A garantia individual que pode assegurar a exigência da transparência da administração pública é o direito de petição:

**Artigo 5° (...)**

**XXXIV –** São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

|  |
| --- |
| **PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE**   * Resultado de imagem para fique de olho iconeGerenciamento público deve ser às claras, transparente. * Tal publicidade permitirá à população controlar e fiscalizar a administração. * É imprescindível, portanto, para que se exerça o controle social. * Publicidade não pode ser confundida com propaganda pessoal. |

**3.5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, essa norma foi inserida como Princípio da Administração Pública, contrapondo-se à lentidão, omissão e negligência, de forma a buscar a qualidade e a produtividade dos serviços públicos prestados à sociedade.

Para a Profª. Maria Sylvia Di Pietro apud Alexandrino e Paulo (2010), o princípio da eficiência apresenta dois aspectos:

a) Relativamente à forma de atuação do agente público, espera-se o melhor desempenho possível de suas atribuições, a fim de obter os melhores resultados;

b) Quanto ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública, exigi-se que este seja o mais racional possível, no intuito de alcançar melhores resultados na prestação dos serviços públicos.

Miranda (2005) completa afirmando que a finalidade da inclusão da eficiência como princípio constitucional expresso é permitir que a Administração ofereça ao cidadão mais serviços, com melhor qualidade, em menor tempo.

Objetiva-se, ainda, a redução de custos, na medida em que se promove a contínua revisão e aperfeiçoamento das rotinas e processos de trabalho, simplificando procedimentos, desburocratizando e estabelecendo metas e indicadores de desempenho e de satisfação do cidadão.

|  |
| --- |
| **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**   * Trata-se do dever da boa gestão administrativa. * Resultado de imagem para fique de olho iconeO dever de aplicar a melhor solução legal e ética, mais efetiva à realização da finalidade administrativa. * É a utilização dos meios adequados para a obtenção de resultados de interesse público. * Busca de maior eficácia possível às ações do Estado. |

|  |
| --- |
| **ATENÇÃO**  OResultado de imagem para ICONE ATENÇÃO vocábulo mnemônico **LIMPE,** que lembra limpeza, portanto **transparência**.  **PRINCÍPIOS DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO**  **Artigo 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** [(Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm#art3)   * **L**egalidade * **I**mpessoalidade * **M**oralidade * **P**ublicidade * **E**ficiência |

**Princípios explícitos ou implícitos no texto constitucional, além dos especificados no Artigo 37**

|  |
| --- |
| **PRINCÍPIO DA LEALDADE E BOA-FÉ**   * Resultado de imagem para fique de olho iconeÉ um princípio que está bastante relacionado à moralidade administrativa. * O administrador não pode adotar comportamento astucioso, impregnado de malícia para confundir ou dificultar o exercício de direitos. |

|  |
| --- |
| **PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO**   * Resultado de imagem para fique de olho iconePara todos os atos dos agentes públicos têm que haver um motivo explicável, um fundamento de fato e de direito. * O princípio da motivação é a própria explicação dos pressupostos e dos fundamentos que embasam as decisões do agente público. |

|  |
| --- |
| **PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE**   * Resultado de imagem para fique de olho iconeAs competências administrativas devem ser ponderadas (motivos razoáveis) e exercidas de forma compatível com a extensão e a intensidade (proporcionais) exigidas para o cumprimento da finalidade de interesse público. |

1. **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR**

A consagração do Estado de direito democrático foi produto da luta da humanidade para derrotar o absolutismo, a Constituição Federal de 1988 também é produto de uma intensa mobilização popular contra o regime militar, que culminou com o movimento das Diretas Já em 1984, garantindo dois anos depois a eleição de um Congresso Nacional com poderes constituintes, que elaborou a “Constituição Cidadã”, onde se encontra positivado o princípio constitucional da participação popular.

Há várias previsões de participação do cidadão na administração pública, mas uma em especial parece ser o fio condutor da assunção da participação popular para a condição de princípio constitucional. É o contido no parágrafo único do artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.

Ao afirmar que o povo “exerce diretamente o poder nos termos da constituição” não está ela contrapondo o exercício representativo do poder com o exercício direto, mas sim, entregando ao povo a possibilidade de se tornar membro efetivo do controle social da administração pública, tal qual explicita Carrion, ao afirmar que: “quando se fala em controle social da administração pública, procura-se sugerir a ideia de um controle ao mesmo tempo político e social. Não apenas um controle de legalidade, mas principalmente um controle de mérito, de eficácia, de conveniência e de oportunidade do ato administrativo”.

**Participação e Controle social**

Apesar de não utilizar o termo participação, a Constituição trata sobre democracia representativa e democracia direta. Portanto, a participação popular é própria do Estado Democrático de Direito ali estabelecido. É decorrência natural deste modelo de Estado, que consagra ainda, implícita ou explicitamente, outras previsões de participação popular em diversos setores da vida pública. Não bastasse isso, a previsão está inserta no Título I, Dos Princípios Fundamentais, não deixando nenhuma dúvida sobre a pretensão do constituinte originário.

O artigo 5º (dos direitos e garantias fundamentais), no inciso XIV, assegura a todos o acesso à informação; nos incisos XXXIII e XXXIV, garantem o direito de receber informações dos órgãos públicos e o direito de petição, materializando o princípio da publicidade; assegura, também, nos incisos LV e LXIX, o devido processo legal administrativo e o mandado de segurança contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública; no inciso LXXIII, confirma, ainda, o controle da conduta dos agentes públicos pelo cidadão, por meio através da Ação Popular, e para completar, no § 2º do mesmo artigo, afirma que além destas garantias, não se exclui nenhuma outra decorrente dos princípios adotados pela carta, ou dos tratados internacionais em que o país seja parte, abrindo-se, portanto, uma infinidade de oportunidades de participação na administração pública.

No artigo 10, privilegia a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão. No artigo 14, preserva a ideia da soberania popular e o voto direto e secreto de igual valor para todos, prevendo ainda o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, instrumentos importantes da democracia participativa.

No âmbito municipal, o artigo 29, inciso XII, garante participação no planejamento e o artigo 31, § 3º, garante a ampla fiscalização das contas. Ao disciplinar os princípios que regem a administração pública o artigo 37, § 3º, possibilita ainda a criação de outras formas de participação do usuário na administração pública.

Há também a possibilidade da participação popular no processo legislativo, por meio de audiências públicas e reclamações contra atos das autoridades, nas comissões das casas legislativas, previstas no artigo 58, incisos II e IV, bem como a participação diretamente na produção de leis, através da iniciativa popular prevista no artigo 61, § 2º.

Possibilitando a atuação do cidadão enquanto fiscalizador da conduta do administrador, prevê o artigo 74, § 2º, a possibilidade de denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas da União. Prevê ainda a participação de cidadãos no Conselho da República, conforme disposto no artigo 89, inciso VII, e a participação de entidades.

**4.1. PLEBISCITO E REFERENDOS**

Aparentemente o plebiscito e o referendo são formas de participação direta que não podem necessariamente ser enumeradas como meios de controle dos atos administrativos, contudo em uma analise mais cuidadosa chega-se a conclusão que são elementos tão importantes quanto à famosa Lei de Responsabilidade Fiscal que visam combater a improbidade administrativa e regular as atividades administrativas.

A Constituição Federal prevê expressamente que uma das formas de exercício da soberania popular será através da realização direta de consultas populares, através de plebiscitos e referendos, disciplinando, ainda, que caberá privativamente ao Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscitos, salvo, quando a própria Constituição expressamente determinar.

O Plebiscito é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria, a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional, já o referendo, consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva).

Bobbio mostra o perigo existente na ideia de cidadão total, quando afirma que:

(...) é evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade.

O Brasil utiliza um meio termo, entre a democracia direta e representativa, quando possibilita a utilização dos mecanismos de democracia direta, o plebiscito e o referendo previstos no artigo 14 da Constituição Federal e já regulamentados pela Lei n° 9.709, de 18 de novembro de 1998, de forma reservada. Dessa forma, teoricamente, os assuntos de maior relevância institucional podem ser decididos com uma maior participação dos eleitores de maneira a direcionarem ou ratificarem a atuação do Parlamento.

* 1. **DEMOCRACIA PARTICIPATIVA ATRAVÉS DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS**

O termo democracia participativa, bem como os conceitos formulados são relativamente recentes, pois foram cunhados no século 20. Surgiram principalmente pelo desgaste da democracia representativa, embora as suas raízes remontem ao conceito de democracia direta clássica, praticada na Grécia Antiga.

A democracia participativa a que se refere este estudo não é aquela, mas sim a decorrente do princípio da participação popular estabelecido na Constituição Federal, e na legislação infraconstitucional. Essa democracia participativa se consolida na medida em que os cidadãos utilizem todas as possibilidades participativas expressas na legislação e através delas ampliem ainda mais o dever dos governantes ouvir a sociedade e prestar contas de suas gestões.

Audiência pública é um processo de participação aberto à população, para que possa ser consultada sobre assunto de seu interesse e que participando ativamente da condução dos assuntos públicos, venha a compartilhar da administração local com os agentes públicos.

Constitui-se em instrumento de legitimação das decisões, através de um processo democrático, onde constantemente a comunidade teria o direito de se manifestar sobre a melhor forma de administração da coisa pública e poderia controlar as ações dos governantes através de prestações de contas.

É no município que o cidadão pode exercer plenamente a sua cidadania, no seu local de moradia é que poderá se iniciar um grande processo de transformação, através da participação nas decisões que lhe afetam diretamente e da fiscalização das ações administrativas dos governantes locais.

Na medida em que avança e se consolida o nível de participação popular aumenta o grau de compreensão dos moradores sobre o funcionamento da máquina administrativa, elevando a sua consciência cidadã e o seu compromisso com as causas coletivas.

É, pois, dever do bom administrador dar efetividade às garantias legais de participação do cidadão na vida administrativa do seu governo, pois se o princípio da legalidade é dever do agente público, com muito mais razão a sua observância quando se trata do interesse público, e se este é indisponível, não está na decisão na esfera da discricionariedade do agente, possibilitar ou não a participação, não se trata de uma faculdade e sim de um dever.

O prefeito que não incentiva e não garante a participação popular na sua administração, pratica crime de responsabilidade definido no artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro 1967, porque está negando execução à lei, não só à lei, mas à própria constituição. Incorre ainda em crime de improbidade administrativa, prevista no artigo 11 da Lei 8429/92, porque está atentando contra os princípios da administração pública.

Sendo o princípio da participação popular garantia constitucional, e a audiência pública instrumento dessa participação, a sua previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Estatuto da Cidade transforma a sua realização em condição de validade para o processo legislativo que tenha por objeto os Planos, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei do Orçamento Anual.

A comprovação deve ser exigida porque a participação popular é princípio constitucional e condição obrigatória nos processos de elaboração e discussão das Leis Orçamentárias e dos Planos, nulificando o processo que não observar, minimamente, o dever de ouvir a sociedade.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o 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 fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão da sua estrutura mestra.

Na Constituição Federal há várias previsões de participação do cidadão na administração pública e a participação popular enquanto princípio constitucional é direito de participação política, de decidir junto, de compartilhar a administração, opinar sobre as prioridades e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos e ao afirmar que o povo exerce diretamente o poder, entrega a este a possibilidade de se tornar membro efetivo do controle social da administração pública.

**5.  AS AÇÕES AFIRMATIVAS**

A neutralidade estatal é uma marcante característica da sociedade liberal-capitalista, que se esquiva de interferir nas esferas econômica, espiritual, na intimidade das pessoas. No Direito não poderia ser diferente: há restrições quanto ao envolvimento estatal em questões que se referem aos seus diferentes grupos sociais e à interação entre eles.

Em uma parte considerável de nações pluriétnicas e pluriconfessionais, a abstenção do Estado se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seriam assegurados a todos. Independente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo (GOMES, 2001, p. 36).

A ideia de neutralidade estatal, de acordo com Joaquim B. Barbosa Gomes, se mostrou um fracasso na história, principalmente em sociedades que no passado possuíam grupos minoritários em situação de subjugação, sendo tal status legitimado por lei, tal como nos países de passado escravocrata.

Esses mesmos países, que hoje possuem dispositivos constitucionais que visam cessar a situação de desigualdade ainda existente, não lograram êxito na busca pela efetivação do princípio da igualdade. O mesmo se pode dizer da não efetivação dos dispositivos constitucionais em relação à situação de inferioridade a que está submetida a mulher (GOMES, 2001).

A simples proclamação de normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou normas de inferior hierarquia, é insuficiente para reverter um quadro de desigualdade social, em que uma parcela da população acredita poder exercer o papel de dominação em detrimento a outro grupo que aceita a condição de subordinação. É importante reconhecer também que a mudança dessa situação já idealizada e aceita no imaginário popular ocorrerá quando o Estado renunciar à posição de neutralidade em questões sociais, passando a assumir uma posição mais ativa (GOMES, 2001).

Os Estados Unidos da América, por meio de uma atuação mais ativa na sociedade, conceberam as ações afirmativas, que hoje já são adotadas em vários países do mundo, sendo adaptadas às peculiaridades de cada região (GOMES, 2001).

Essa expressão se consolidou na década de 60 nos Estados Unidos, na Executive Order n.º 10.965, de março de 1963, de iniciativa do presidente democrata John F. Kennedy, passando, a partir de então, para a denominação generalizada de qualquer iniciativa tendente à promoção da integração, do desenvolvimento e do bem-estar das minorias (SOUZA CRUZ, 2005, p. 143).

A Ação Afirmativa (Affirmative Action), que como dito foi utilizada na Executive Order n.° 10.925, tinha como objetivo, naquela época, criar um órgão que fiscalizava e reprimia as discriminações no âmbito do mercado de trabalho. Através daquele ato, ficou estabelecido que era proibida a discriminação do candidato a vaga de trabalho ou funcionário por fatores como cor, raça, credo ou nacionalidade. (MARINHO, 2005).

A implantação dessas medidas de políticas públicas tinha como objetivo a ampliação do mercado de trabalho para os grupos marginalizados socialmente, fazendo com que tivessem iguais condições em relação a outros segmentos da sociedade na competição por vagas (CARREIRA, 2005).

Por volta do final da década de 60 e início da de 70, provavelmente pela observação de que os antigos procedimentos eram ineficazes, o instituto das ações afirmativas foi sendo modificado, passando a associar-se à ideia de igualdade de oportunidades por meio da utilização de cotas rígidas, que permitiam o acesso de grupos marginalizados a setores do mercado de trabalho e de instituições de ensino. As ações afirmativas eram vinculadas a metas estatísticas baseadas no ingresso de negros e mulheres nos referidos setores (GOMES, 2001).

Atualmente, para Joaquim B. Barbosa Gomes, as ações afirmativas atingiram outro patamar, sendo definidas como: um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntario, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego.

Flávia Piovesan acredita que para se implementar o direito à igualdade é necessário se combater a discriminação de forma emergencial. Contudo, a autora defende que esse simples combate é insuficiente, sendo necessário proibir a discriminação, bem como executar políticas compensatórias com o intuito de acelerara igualdade enquanto processo.

A simples proibição mediante legislação repressiva será insuficiente, sendo de fundamental importância estabelecer “estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e a inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais” (PIOVESAN, 2010, p. 198).

Há o binômio inclusão e exclusão pairando sob a igualdade e a discriminação. Se de um lado a igualdade implica inclusão social, de outro, a discriminação se refere a formas violentas de exclusão e intolerância à diferença e diversidade. Por isso, não necessariamente a proibição de práticas excludentes irá resultar na inclusão.

Assim, Piovesan afirma ser importante a “adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vista a promover a sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais”.

Essas medidas são as chamadas “discriminações positivas”, também conhecidas como “ações afirmativas”, que, para a autora, se definem como medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos.

Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminatório, as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social (PIOVESAN, 2010, p. 198).

**A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL**

Cármem Lúcia Antunes Rocha (1996) acredita que o preâmbulo da Constituição de 1988 possui uma declaração de um momento novo no Brasil: “a ideia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi elaborado para que se chegue a tê-los”. O país possui uma série de problemas a ser resolvidos, como a desigualdade social, econômica, regional.

Por isso mesmo é que, mesmo não tendo força de norma, mas tendo a função de elucidar o rumo palmilhado pelo constituinte, o preâmbulo traduz a preocupação de se “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos” (ROCHA, 1996, p. 91).

Assim, percebe-se que a instituição da Constituição da República não teve como único fim a proibição do que é tido como desigualdade, mas também teve a intenção de criar instituições democráticas que assegurem o direito à igualdade, princípio reconhecido como “valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido” (ROCHA, 1996, p. 91).

A nova concepção do princípio da igualdade implicou a exigência da efetivação não somente da igualdade formal, mas também da material. A inércia do Estado, que se preocupou apenas em proibir condutas discriminatórias, não foi satisfatória, gerando ainda mais exclusões. Com efeito, o Estado teve que buscar nas ações afirmativas uma forma de resposta, objetivando o “resgate e a inclusão social das classes menos favorecidas” (CECCHIN, 2006, p. 328).

No Brasil, de acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005), as ações afirmativas estão previstas no artigo 3°, da CF/88, quando o texto constitucional coloca como objetivo fundamental a promoção do bem geral, “que deve passar necessariamente pela superação de preconceitos discriminatórios”.

Outros dispositivos que possibilitam a aplicação das discriminações positivas, de acordo com o autor, são:

a) “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (artigo 5°, inciso XLII, da CF/88);

b) “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (artigo 5°, inciso VI, da CF/88);

c) “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (artigo 5°, inciso I, da CF/88);

d) os entes federativos devem “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (artigo 23, inciso II, da CF/88).

Além disso, é dever do país “apoiar e incentivar a difusão de diferentes manifestações culturais, pretendendo-se como uma sociedade democrática, plural e multirracial (SOUZA CRUZ, 2005, p. 144)”.

De acordo com Luiz Alberto David de Araújo (ARAÚJO, 2008 apud ONIMARU; AMARAL, 2011, p. 7), o constituinte cuidou de proteger grupos que mereciam um tratamento diferenciado, haja vista a histórica realidade de marginalização social e situação de hipossuficiência a que eram submetidos. Para tanto, “cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofrerem as mesmas espécies de restrições”.

Cármem Lúcia Antunes Rocha (2006), como Souza Cruz, ensina que o artigo 3°, inciso IV, da Constituição da República, legitima as ações afirmativas. A autora, contudo, acrescenta que os incisos I e III, também, são fundamentais para a constitucionalidade do referido instituto:

**Artigo 3°–** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

**I** – Construir uma sociedade livre, justa e igualitária;

**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 (BRASIL, 1988).

Rocha (2006) leciona que todos os verbos utilizados nos incisos supracitados, quais sejam construir, reduzir, promover, exprimem ação, “vale dizer, designam um comportamento ativo”. Por isso, pode-se concluir que os objetivos fundamentais da República representam obrigações transformadoras da política, das questões sociais, econômicas e regionais. Esses objetivos têm como fim a aplicação do princípio da igualdade, que é um valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito (2006, p. 92).

Airton José Cecchin (2006, p. 332) afirma que os incisos acima são normas programáticas, com eficácia imediata, uma vez que visam “à implementação de planos e programas sociais, com a participação da sociedade em geral e do Estado, representado pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário”. Marco Aurélio Mendes de Faria Mello também defende a aplicação imediata das ações afirmativas, já que o parágrafo 1° do artigo 5° prescreve que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (2001, p. 6).

Uma conclusão que se pode chegar ao analisar o artigo 3° é que a República Federativa do Brasil não é justa, livre e solidária. Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos. E não é solidária porque fundada em preconceito de toda sorte (ROCHA, 2006, p. 92).

Outra afirmação encontrada no artigo 3° é a de que apesar de não se possuir uma autêntica República Democrática no país, o Direito possibilitou um modelo de Estado que tem como intuito concretizá-la. Por isso que o artigo citado tem como primeiro inciso a previsão de se construiu uma nova sociedade brasileira, segundo os paradigmas constitucionalmente garantidos (ROCHA, 2006).

Mais especificamente, o inciso IV, pode ser visto como o que se mais relaciona com as ações afirmativas. O verbo promoverá a ideia de ação, e o que se tem como objetivo é a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, assim, percebe-se uma intrínseca ligação entre o instituto e o inciso.

“Significa que se universaliza a igualdade e promove-se a igualação: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa, é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República”. Caso o legislador quisesse apenas manter a situação já existente, ele iria estabelecer que o objetivo fundamental fosse a de manter a igualdade sem preconceitos, o que não é o caso (ROCHA, 2006, p. 93).

Não foi o que pretendeu a Constituição de 1988. Por ela se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária. Com a promoção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político é que se movimenta no sentido de se recuperar o que de equivocado antes se fez (ROCHA, 2006, p. 93).

Marco Aurélio Mendes de Faria Mello (2001, p. 4/5) acredita que a partir do artigo 3° da CF/88 não resta dúvida de que haja uma legitimação à Ação Afirmativa. Para o autor, a única forma de se corrigir as desigualdades é “colocar o peso da lei, com imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é descriminado, que é tratado de forma desigual”. Por meio dessa premissa, são objetivos fundamentais da República:

**7. AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS**

O Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a se desenvolver a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), mediante a criação de tratados com o intuito de proteger os direitos fundamentais. Essa primeira fase se pautou no princípio da igualdade formal, e tinha como tônica a proteção geral, expressada pelo temor pela diferença, justificado pelo terror do extermínio nazista.

Basta se ter em mente que tanto a Declaração de 1948 quanto a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948) puniam a intolerância baseada na destruição do outro em razão da raça, etnia, religião e nacionalidade (PIOVESAN, 2005).

Tratar o indivíduo de forma genérica, abstrata e geral tornou-se insuficiente, sendo “necessária à especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade”. Assim, passou-se a perceber que certos sujeitos de direitos e violações legais exigem uma forma diferenciada e específica de resposta (PIOVESAN, 2005, p. 46).

Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção (PIOVESAN, 2005, p. 46).

A população negra, as mulheres, as crianças e demais grupos devem ser vistos em sua particularidade, sendo analisados tendo em vista a condição social em que se encontram. Além do princípio da igualdade, é importante garantir também outro direito fundamental, o direito à diferença, que assegura a diversidade, oferecendo um tratamento diferenciado para os diversos grupos sociais (PIOVESAN, 2005).

Gilmar Ferreira Mendes (2010, p.5) leciona que “pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os aspectos”. A tolerância, segundo o princípio da igualdade, exige a consideração do outro respeitando as suas peculiaridade e idiossincrasias. A igualdade só pode ser igualdade numa sociedade pluralista quando há reconhecimento do direito à diferença e, em consequência, aceitação das minorias.

Antônio Augusto Cançado Trindade acredita que a comunidade internacional tem passado por notáveis transformações, fazendo com que a indiferença histórica em relação aos direitos culturais seja superada (TRINDADE, 2003).

Marco Aurélio Marsiglio Treviso também crê que um dos temas de grande relevância na contemporaneidade é o princípio da igualdade, sendo de fundamental importância assegurar a igualdade entre homens e mulheres, em relação às raças, estrangeiros e classes sociais. Desde a Carta da ONU de 1948, a igualdade de direito entre todos os homens ficou garantida, bem como na Constituição da República (TREVISO, 2009).

Além de prescrever o princípio da igualdade, o texto constitucional adotou um princípio de direito internacional, qual seja a proibição da discriminação. As enumerações previstas no texto são apenas exemplificativas, deixando clara a sua aversão em relação a qualquer tipo de discriminação. Há a previsão do princípio da proibição da discriminação considerando o seu aspecto negativo, bem como o seu aspecto positivo.

Logo, além de se impossibilitar atos discriminatórios ofensivos, é missão garantir a promoção de atitudes discriminatórias positivas, buscando-se atingir a igualdade real. Além da previsão do princípio da igualdade real na Constituição, diversos tratados internacionais trataram do assunto (LIMA, 2008 apud TREVISO, 2009).

Em 1965, as Nações Unidas aprovaram a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que foi ratificada por 167 estados, incluindo o Brasil, que é signatário desde 1968. Já no preâmbulo, a Convenção condena a discriminação racial e as doutrinas de superioridade baseadas em diferenças raciais, tratando como urgência a adoção de medidas com a finalidade de eliminar a discriminação racial em suas diversas formas de manifestações e o combate a doutrinas e práticas racistas (PIOVESAN, 2005). “Ao ratificar esta Convenção, os Estado assumem a obrigação internacional de, progressivamente, eliminar a discriminação racial, assegurando a efetiva igualdade” (PIOVESAN, 2010, p. 197).

A Convenção supramencionada, por meio de uma “vertente promocional, pela qual é dever dos Estados promover a igualdade” (PIOVESAN, 2010, p. 198), prevê, em seu artigo 1°, parágrafo 4°, a adoção de discriminações positivas (Ações Afirmativas).

Outra Convenção da ONU foi inspirada na vertente promocional e prevê a adoção das ações afirmativas, qual seja a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, criada em 1979. O documento possui a dupla função: eliminar a discriminação e assegurar a igualdade (PIOVESAN, 2010).

Contudo, apesar de ser um dos tratados que mais tiveram adesão dentre os tratados de direitos humanos (perdendo apenas para a Convenção sobre os Direitos da Criança), é o que recebeu maior número de ressalvas formuladas pelos Estados.

Grande parte dessas reservas feitas foi em relação à cláusula que versa sobre a igualdade entre homens e mulheres na família, sob o argumento de que tal dispositivo teria como fim praticar “imperialismo cultural e intolerância religiosa”. Os países que assim argumentaram tinham como base a ordem cultural, religiosa e até mesmo legal (PIOVESAN, 2010, p. 202/203).

**Pessoas portadoras de deficiência física**

Em relação às pessoas portadoras de deficiência física, em 13 de dezembro de 2006, a ONU adotou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Tal tratado era tido como uma forma de resposta dos países signatários à histórica discriminação, exclusão e desumanização dessa minoria.

A Convenção veio como importante instrumento de inclusão, que tinha como objetivo mudar a forma de se compreender a deficiência, para, assim, reconhecer a essas pessoas o direito de alcançar plenamente o seu potencial (PIOVESAN, 2010).

A conceituação de deficiência prevista no texto é inovadora, posto que compreende “toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limita a plena e efetiva participação na sociedade”.

A inovação está em se reconhecer a deficiência não como algo apenas intrínseco ao sujeito, mas “um resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente”, ou melhor, se admite que os ambientes econômicos e sociais possam ser nocivos aos deficientes (PIOVESAN, 2010, p. 224/225).

A convenção propõe o “reasonable accommodation”, impondo ao Estado a adoção de “ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais” (PIOVESAN, 2010, p. 224/225).

Na Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, ocorrida entre os dias 31 de agosto e 7 de setembro de 2001, em Durban, foi apresentado um documento oficial brasileiro que continha a previsão de ações afirmativas em favor da população afrodescendente nas áreas da educação e trabalho.

A conferência de Durban, no que toca aos trabalhos elaborados para o evento e à agenda nacional pós-Durban, foi de fundamental importância para que se evoluíssem os debates acerca das ações afirmativas. Foi por meio desse processo que houve avanços nos estudos sobre as cotas para afrodescendentes nas universidades públicas, assim como na elaboração do Estatuto da Igualdade Racial (PIOVESAN, 2008).

Os direitos humanos são uma resposta a um sistema opressor que restringe grande parte dos bens a um pequeno grupo de pessoas: aquelas que se beneficiam de um sistema capitalista opressor. Assim, é necessário conceder às minorias marginalizadas meios concretos para que se permita o acesso a bens necessários para uma vida digna. É razoável se adotar políticas públicas que propiciem uma economia de mercado aberta a todos.

Assim, os direitos humanos devem, de forma correta e concreta, afetar o sistema neoliberal de forma que se possibilite a criação de instrumentos de progresso e igualdade com o fim de se eliminar as desigualdades. Nesse contexto, nascem às ações afirmativas – que aparecem como instrumento de inclusão dos grupos menos favorecidos, “concedendo-lhes a possibilidade de adquirirem as condições mínimas necessárias para o acesso aos bens materiais e imateriais para uma vida digna” (TREVISO, 2009).

**REFERÊNCIAS**

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Resumo de Direito Administrativo Descomplicado*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Ações afirmativas e política de cotas são expressões sinônimas?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.º 573, 31 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6238>>. Acesso em: 16 set. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de out. de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>>. Acesso em: 13 de out. de 2012.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPLAN, Luciana. *O direito humano à igualdade, o direito do trabalho e o princípio da igualdade*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, São Paulo, n.º 27, p. 127-138, 2005. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br/escola\_da\_magistratura/Rev27Art7.pdf>. Acesso em: 15 set. 2011.

CARREIRA, Alexandre Luiz Fantin. *Ações afirmativas como medidas de efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana*. In: NEME, Eliana Franco. *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: EDITE, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição : direito constitucional positivo*. 10. ed. rev., atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Willian Ricardo do Amaral. *Ações afirmativas judiciais: entre os objetivos da República e a manutenção de dogmas do constitucionalismo*. In:NEME, Eliana Franco. Ações afirmativas e inclusão social. Bauru: EDITE, 2005.

CECCHIN, Airton José. *Ações afirmativas: inclusão social das minorias*. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, Toledo, PR, v.9, n.2, p.325-352, jul. 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

*Discriminação e Sistema Legal Brasileiro – Seminário Nacional*. Brasília: TST, 2001.

FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6ª ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRANJEIRO, J. Wilson. *Manual de Direito Administrativo Moderno*. 26ª ed. São Paulo: Vestcon, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARINHO, Ângela de Souza Martins Teixeira. *Ações Afirmativas: o sistema de cotas visto sob a óptica da competência para legislar e da autonomia das universidades.* In:Eliana Franco. Ações afirmativas e inclusão social. Bauru: EDITE, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas.* In Tribunal Superior do Trabalho,

MENDES, Gilmar Ferreira. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.  Acesso em 07 set. de 2011.

MENEZES, Samira Birck. *Os Princípios da Administração Pública Aplicados ao Direito Registral e Notarial*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Vol. 3, n.º 3, p. 01-13, set. 2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª. ed. rev. Brasília: Senado Federal, 2005.

ONIMARU, Luís Otávio de Assis; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. *Ação Afirmativa como instrumento de efetivação da igualdade material*. Disponível em:<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1784/1693>>. Acesso em: 15 set. 2011.

PALUDO, Augustinho Vicente. *Administração Pública: teoria e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos*. Cadernos de Pesquisa, v.. 35, n. 24, p. 43-55, jan./abr. 2005

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas*. Estudos Feministas, Florianópolis, 16(3): 424, setembro – dezembro/2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 15, p.85-99, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. *A igualdade, o princípio da proibição da discriminação e as ações afirmativas como promoção dos direitos humanos, à luz da teoria crítica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2110, 11 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12613>>. Acesso em: 15 set. 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. 3v.