

O NASCIMENTO DO DIREITO E O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE : DO ANTIGO EGITO À ROMA IMPERIAL

COMO OS INTERESSES DOS/AS QUE ESTÃO NO PODER E DOS GRUPOS ESPECÍFICOS INFLUENCIAM AS LEGISLAÇÕES?

Para uma melhor compreensão da elaboração da política pública é necessário que se conheça, mesmo que de maneira breve, algumas noções do ordenamento jurídico que regem as relações entre o poder público, as pessoas e as entidades – de direito público e aquelas de direito privado – e de que forma as relações jurídicas contribuem com a ampliação da cidadania e a promoção das **ações afirmativas**.

A evolução do Direito está intrinsecamente ligada à evolução da sociedade.

Observa-se que o avanço da sociedade ocorre a partir dos conflitos sociais, do choque entre o velho e o novo, alterando, inclusive, os normativos jurídicos de forma que estes consigam responder às novas demandas dessa sociedade. Sendo assim, optou-se por iniciar esta unidade com uma série de três retrospectivas históricas, sendo este texto a primeira.

UMA BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA: DO ANTIGO EGITO ATÉ ROMA.

O início das civilizações orientais ocorre a partir do desenvolvimento da agricultura e, com exceção da Mesopotâmia, todas as civilizações que compreendem a antiguidade oriental (e a ocidental) se desenvolveram na orla do Mar Mediterrâneo. Conhecidas como civilizações hidráulicas, suas características econômicas básicas se alicerçaram no fato de serem organizações sociais dependentes do regime de rios para a sua sobrevivência.

Essas **sociedades humanas** apoiadas, então, em uma **agricultura de regadio**, precisaram **desenvolver todo um conjunto de normas, hierarquias, e divisões de trabalho** necessário para as obras e construções de controle e aproveitamento das cheias dos rios (diques, canais etc.). Nesta época, o Egito era a civilização mais privilegiada. A terra era fértil, favorecida pelo rio Nilo, e, da agricultura, tirava-se o sustento do povo.

A formação do Estado como um poder central mostrou-se necessária visto que as terras pertenciam ao faraó, mas sua posse pertencia à nobreza e cabia aos/às escravos/as o cultivo e a colheita.

Assim, em todas as civilizações hidráulicas formou-se um Estado teocrático e absoluto, apoiado na justificativa da representação divina para a legitimidade de uma camada detentora do poder de forma absoluta e rígida (no caso da Mesopotâmia, as civilizações ali estabelecidas não formaram uma unidade política como no Egito Antigo, mas dividiram-se em cidades-estados: Suméria, Assíria, Babi-

O direito nasce claramente marcado pelo interesse de uma classe social e com a finalidade de estabelecer regras que propiciassem a defesa e a manutenção de seu poder.

lônia, entre outras). Contudo, normalmente, havia pouca mobilidade social nas sociedades então formadas. Essas sociedades tinham em seu topo como classe dominante, o chefe político (o Faraó, no caso do Egito; o Patesi, nas cidades-estados da Mesopotâmia) juntamente com uma classe de nobres e sacerdotes, enquanto a base social era composta por artesãos/ãs, camponeses/as e escravos/as. Nesse processo de estruturação das civilizações hidráulicas ocorre a formação dos excedentes da produção (aumento da produção agrícola). Esse excedente torna-se a razão das profundas transformações sociais, já que a produção excessiva era suficiente para sustentar uns em detrimento do trabalho de outros. Aparecem, portanto, as primeiras desigualdades sociais, entre os indivíduos livres submetidos ou não ao trabalho compulsório ou escravo. Surge, então, a necessidade de criar regras e superar uma época em que somente existia a força física como forma de dominação.

Nesse período histórico já não bastava mais a palavra para justificar os atos e as relações econômicas e políticas como outrora. **O testemunho – que era o instrumento usado para dirimir conflitos – perde a credibilidade por ter se tornado influenciável** ora pelo medo, ora pelo interesse.

Nesse período histórico já não bastava mais a palavra para justificar os atos e as relações econômicas e políticas como outrora. **O testemunho – que era o instrumento usado para dirimir conflitos – perde a credibilidade por ter se tornado influenciável** ora pelo medo, ora pelo interesse.

O direito começa então a existir. Oriundo dos deuses era verbalizado pelos profetas-estadistas e pelos soberanos; o direito nasce, portanto, claramente marcado pelo interesse de uma classe social e com a finalidade de estabelecer regras que propiciassem a defesa e a manutenção de seu poder e, como se definiu que o direito era oriundo dos Deuses, a religião exerceria papel fundamental na manutenção deste poder. Não é por acaso que nos códigos contemporâneos depara-se com Moisés, Hamurabi, Manú, Maomé, Napoleão, entre outros.

Faz-se necessário ressaltar que neste período a luta pela conquista de territórios é intensa. Povos mais pacíficos, como os Sumérios, eram constantemente dominados por outros povos nômades e guerreiros, como os Acádios, e, como resultados das guerras, os povos dominados tornavam-se escravos. Data desta época a primeira revolta de oprimidos/as contra seus opressores, quando os/as escravos/as e libertos/as revoltam-se e depõem o rei da Assíria, formando a Meda-Babilônica.

O primeiro código de direitos surge na região da Suméria. Conhecido como o Código de Ur-Nammu, ele apresentava transcritos os costumes e as decisões proferidas nos conflitos decididos anteriormente. Em seguida, vieram os Códigos de Lipit-Ishtar e de Esnunna.

O Código de Lipit-Ishtar surge em 1880 a.C.. Elaborado com um prólogo, um epílogo e 37 artigos, tinha por finalidade estabelecer normas para as regiões da Acádia e da Suméria. Neste código surge o instituto da multa por pequenos atos ilícitos, tal como roubar o pomar de outro/a. Surge também o instituto da libertação do/a escravo/a quando este/a conseguisse comprar sua liberdade.

O Código de Esnunna surge de forma mais ampla, trazendo em seu conteúdo normas de direito civil e de direito penal, visto que impõe pena e responsabilização em caso de danos ao patrimônio e por lesões corporais seguidas de morte.

Apesar do surgimento desses dois códigos, coube ao rei babilônico Hamurabi, em 1695 a.C., **a sistematização e aplicação daquele que se caracterizou como o principal instrumento normativo: o Código de Hamurabi**. O princípio norteador desse Código decorria da Lei de Talião, a qual preconizava que as punições fossem idênticas ao delito cometido: *"olho por olho, dente por dente"*. É com este princípio que o referido código passa a instituir regras para solucionar os problemas sociais, o respeito aos Deuses e a hierarquia de classes. Sua aplicação era feita por juízes nomeados pelo rei.

A sistematização dos normativos existentes e de outros elaborados pela primeira vez apontava regras que deveriam nortear as **relações de comércio, propriedade, herança, família, escravidão, direitos da mulher e adultério; as punições** – como se pode imaginar – **variavam de acordo com a posição social da vítima e do/a infrator/a**.

Estudiosos/as das ciências jurídicas apontam que no Código de Hamurabi encontram-se os primeiros sinais de Direito Público, uma vez que nele foram sistematizadas normas que norteavam as relações entre regiões, normas de ordenamento jurídico para o funcionamento da cidade e sua relação com o povo.

As normas relacionadas à mulher previam pena de morte para o homem que praticasse o estupro de mulher virgem, assim como morte para o homem e para a mulher que juntos praticassem o adultério. **A poligamia era tolerada até certo ponto**: cada homem podia ter uma segunda esposa caso a sua mulher não lhe desse filho. Importante frisar que a poligamia era permitida somente ao homem.

Para se entender o desenvolvimento do direito e os princípios básicos que influenciaram todo seu desenvolvimento, não se pode deixar de retratar, também de forma resumida, a importante história do direito na Grécia.

Após o surgimento da polis/cidade-Estado até seu desaparecimento, Atenas destacou-se pela instituição da democracia e pelo desenvolvimento do comércio, que se intensificou após o surgimento da moeda. Houve ainda o advento da escrita, que possibilitou aos legisladores a codificação das leis. Em meados do século VII a.C., as primeiras leis na Grécia são codificadas e classificadas em: crimes, família, público e processual. Aquelas tidas como leis públicas regulamentavam os direitos e deveres do/a cidadão/ã e nas leis processuais já se distinguem as de direito público (hoje direito civil) daquelas de direito privado (direito de família).

As leis públicas regulamentavam os direitos e deveres do/a cidadão/ã e nas leis processuais já se distinguem as de direito público (hoje direito civil) daquelas de direito privado (direito de família).

O poder político ateniense era controlado por uma aristocracia detentora das terras férteis. Com o surgimento dos comerciantes, que se tornaram uma classe poderosa, estes passam a exigir participação política nos processos decisórios. **Os legisladores passam a ser responsáveis pela instituição de normas escritas, concluindo-se assim o período de regramentos orais**.

Em 594 a.C., os legisladores ampliam a legislação que dava fim à escravidão por dívidas, dividindo o povo ateniense de acordo com o poder econômico de cada um. Desta forma, os comerciantes ricos conseguiram o direito de influenciar na política. Criou-se o **Conselho dos Quatrocentos (Boulê) cuja função era auxiliar a Assembleia (Ekklêsia)**. O Conselho era composto por homens escolhidos por sorteio e submetidos a exames morais. Por último, foi instituído o Helieu, formado por pessoas (juizes) com a função de julgar os/as cidadãos/ãs conforme o prescrito nas leis escritas. Hoje, o Helieu é conhecido como júri popular.

A Ekklêsia era o governo que se reunia em assembleia para tomar decisões; os frequentes oradores eram chamados de políticos. O quorum desta assembleia era de seis mil cidadãos, e funcionava como um órgão legislativo. De início a participação era voluntária; depois aqueles que compareciam começaram a receber por esta função, como hoje funciona no Parlamento.

A democracia ateniense foi considerada um avanço democrático numa época em que a tirania reinava entre as demais civilizações. Mesmo assim essa democracia era excludente, pois só eram considerados cidadãos aqueles homens livres, filhos de pai e mãe naturais de Atenas, com idade acima de 18 anos e nascidos naquela cidade. **Os/as escravos/as, as mulheres e os/as estrangeiros/as, portanto, estavam excluídos/as da participação política.** No entanto, as elites agrárias não aceitaram este conjunto de medidas e deram início à luta entre o poder urbano e rural. A agitação política abre espaço para ações golpistas e a ascensão de governos tirânicos.

Ao final do século VI a.C., com as restrições impostas ao exercício dos direitos políticos, nova mobilização – desta vez mais popular – leva à **ascensão política de Clístenes que, de imediato, determina o banimento de qualquer pessoa que atente contra o governo democrático.**

Tal qual em Roma, as feições do Estado e, conseqüentemente, das leis, mudam de acordo com a pressão social, com os costumes e a partir dos interesses daqueles/as que detêm o poder.

Com a ascensão de Clístenes e a retomada dos direitos políticos, **os cidadãos atenienses adquirem o direito de filiar-se a uma determinada tribo** – dez ao todo – onde participariam da escolha de seus representantes políticos no governo central. Desta forma, **o grau de participação entre os mais ricos e os menos favorecidos ficou menos desigual.** Diante deste fato histórico é possível dizer, sem medo de errar, que a ideia embrionária para a “instituição” dos partidos políticos, dos poderes legislativo, executivo e judiciário foi aqui delineada.

Roma, como Atenas, integrava as civilizações ocidentais; no entanto, a característica da desigualdade era mais acentuada. As constantes revoltas promovidas pelos/as plebeus/eias, pelos/as escravos/as e as constantes guerras sociais provocam mudanças jurídicas. **Será, portanto, na época pós-clássica (230 a 530 d.C.), com o imperador Justiniano, que o direito assume o formato que repercutirá até os dias atuais.** Cabe ressaltar, também, que tal qual em Roma, as feições do Estado e, conseqüentemente, das leis, mudam de acordo com a pressão social, com os costumes e a partir dos interesses daqueles/as que detêm o poder. Entretanto, **as modificações que vão sendo realizadas são feitas sempre de maneira a instituir novos direitos sem a necessidade de abdicar do poder político e econômico.**

Esta afirmativa é confirmada a partir dos estudos dos códigos de Hamurabi, Lei das XII Tábuas e Código de Justiniano, Revolução Americana, Revolução Francesa, entre outras, em que o poder e o direito pressionados vão mudando de impositivo para democrático e o **Estado-polícia para Estado de Direito**; todavia as desigualdades aprofundam-se e as condições de vida do povo deterioram-se.

O poder e o direito
pressionados vão
mudando de impositivo
para democrático

O Direito romano repercutiu na estruturação das normas de vários países do ocidente. Portugal elaborou seu arcabouço jurídico tendo como fonte o direito romano, com grande influência do Direito Canônico.

GLOSSÁRIO

Ações afirmativas – são medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Portanto, as ações afirmativas visam combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado. (GTI, 1997; Santos, 1999; Santos, 2002). Esse foi um dos primeiros conceitos surgidos no Brasil dentro do GTI - Grupo de Trabalho Interdisciplinar criado no governo de Fernando Henrique Cardoso no ano de 1995. Em 2001, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa Gomes, destaca, na definição, as políticas públicas: *"(...) um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, 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 a educação e o emprego (Gomes, 2001: p.40).*

Regadio - Tipo de agricultura que aproveitava a lama fértil que ficava as margens do rio Nilo após as cheias onde eram cultivados os cereais e hortaliças.

O NASCIMENTO DO DIREITO E O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE : DO BRASIL COLÔNIA AOS DIAS ATUAIS

AS LEIS DEVEM SER ESPELHO DA CULTURA DE UMA SOCIEDADE OU DEVEM IMPULSIONAR MUDANÇAS CULTURAIS?

No Brasil, o desenvolvimento das legislações foi feito sob o comando de Portugal. Do descobrimento até a Proclamação da Independência, Portugal aplicou as leis lá vigentes no Brasil Colônia. O direito português estava sistematizado nas Ordenações do Reino traduzidas em normas de direito público, privado e canônico. Logo, falar das legislações instituídas no Brasil é trilhar caminhos originalmente vinculados à lógica colonial, uma vez que o aparato jurídico brasileiro teve seu processo iniciado a partir da outorga da Constituição Política do Império do Brasil, em 25 de março de 1824, e inspirada nas chamadas ordenações do Reino: as Ordenações Afonsinas (1446 – 1521); as Ordenações Manoelinas (1521 – 1603) e as Ordenações Filipinas (1603 – 1830). Em todos esses casos, **sempre houve uma profunda aliança entre punição, propriedade e privilégios.**

No Brasil, até hoje foram promulgadas seis Constituições e em todas elas reflete-se claramente o contexto econômico, social e político de cada época.

Essa lógica colonial foi marcada pela necessidade de controlar grupos potencialmente destrutivos da ordem dominante, como **as comunidades religiosas milenaristas, indígenas e quilombolas, indivíduos socialmente inferiorizados como as mulheres e as crianças, ou mesmo populações inteiras socialmente desumanizadas, como os/as africanos/as escravizados/as.** Sob a alegação de uma efetiva crença na neutralidade jurídica, os primórdios do pensamento jurídico brasileiro foram estruturados com base em regras de funcionamento que tomaram

como ponto de partida as formulações encontradas pelos/as juristas e intelectuais da época para o trato das questões de ordem social. Estas formulações, por sua vez, baseavam-se no desconhecimento absoluto e mesmo na negação dos componentes de gênero e étnico-racial.

No Brasil, até hoje foram promulgadas seis Constituições e em todas elas reflete-se claramente o contexto econômico, social e político de cada época, como se verifica a partir do resumo abaixo.

A Constituição de 1824, aprovada após a Independência, teve como cenário uma intensa disputa entre a elite fundiária escravista e o poder imperial. O Estado brasileiro, que passa a ser intitulado Império do Brasil, constituiu-se em uma monarquia hereditária e constitucional com a definição dos quatro poderes do Império: **Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador.** É nesta época que ocorre a criação dos primeiros cursos de Direito no Brasil. A primeira faculdade foi criada em 1827, em Pernambuco, para atender a uma necessidade da elite que lutava para implementar a independência política e precisava preparar pessoas para a função administrativa de poder para gerenciar o país. A segunda foi em São Paulo (Faculdade do Largo de São Francisco), em 1828, a qual

se tornou um importante centro de formação do bacharelismo liberal e tendeu mais para os caminhos da reflexão e da militância política na defesa dos direitos individuais e liberdades políticas.

Nos 62 anos entre a primeira e a segunda Constituição, os acadêmicos de direito constituem-se no principal segmento da vida política do país. Eles ocupariam os cargos administrativos do Estado brasileiro, cuja formação refletiu-se na composição do judiciário brasileiro.

Com o avanço da oligarquia latifundiária em **1891**, após a Proclamação da República, foi editada uma nova **Constituição** sob a grande influência dos coronéis e tendo a Constituição Americana como modelo. Nesta nova carta constitucional o Estado brasileiro passa a chamar-se Estados Unidos do Brasil e a constituir-se como um estado federativo. O poder moderador é extinto, ficando instituídos os demais três poderes. **É aprovado o voto universal, com exceção dos analfabetos; declara-se o Brasil como Estado laico e as então províncias passam a ser Estados com mais autonomia.**

Como já visto na Unidade “Estado e Sociedade”, a influência da Revolução Francesa, da Revolução Industrial, da Revolução Bolchevique e de demais fatores externos provocam reflexos no Brasil. **A Revolução Constitucionalista em 1932 surgiu exigindo maior participação no poder e a promulgação de uma nova Constituição em 1934.** Entre os fatores que provocaram essa Revolução estão: as lutas sociais, a influência dos/as imigrantes anarquistas, a Semana de Arte Moderna e o golpe de Estado que colocou no poder Getúlio Vargas (após sua derrota nas eleições presidenciais de 1930, excluindo do poder a elite paulista e rompendo, assim, a política do café-com-leite). Assim, nova carta constitucional é promulgada através de uma **Assembleia Constituinte eleita, que aprova no texto constitucional o voto secreto, cria as leis trabalhistas e promove a Reforma Eleitoral introduzindo o voto feminino.** Tais avanços foram frutos da intensa mobilização da classe operária, das mulheres e da sociedade. Entretanto, como o movimento social crescia vertiginosamente e colocava em risco o poder de Getúlio Vargas, o então presidente decreta estado de sítio em 1935, suspende todas as garantias constitucionais e, em 1937, suspende as eleições, mantendo-se no poder e impondo o chamado Estado Novo.

Após vinte anos de ditadura, o Brasil inicia o processo de redemocratização impulsionado pelo avanço dos movimentos partidários e populares, o que culmina com a promulgação da Constituição de 1988, a Constituição Cidadã.

Assim, em 1937, uma nova Carta Constitucional foi outorgada. Com o pretexto de **eliminar a ameaça comunista, imprimiu um regime visivelmente fascista.** A nova Constituição imposta fecha os partidos políticos, dá poderes ilimitados ao Presidente, estabelece a censura, a pena de morte e nomeia interventores para os Estados. Getúlio passa então a governar através de Decretos-Leis. Esta época é influenciada pela Segunda Guerra Mundial.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, inicia-se o processo de redemocratização. Em **1946**, retomada a liberdade partidária e o processo eleitoral, elege-se novo presidente e, através de nova Assembleia Constituinte, uma **nova Constituição da República** dos Estados Unidos do Brasil é aprovada. A **Constituição restabelece** tanto a **autonomia dos Estados e Municípios** através do Regime federativo como também a divisão do Poder em Legislativo, Executivo e Judiciário. Assegura ainda o direito de propriedade e lati-

fúndio, aprova o direito de greve e a livre filiação sindical, a liberdade de opinião e de expressão, mandato presidencial de cinco anos e controle do Executivo através de CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito).

De 1946 a 1964, o Brasil vivenciou avanços significativos de mobilização e participação social que influenciavam diretamente na política do País e, conseqüentemente, nas ciências jurídicas. Fruto do avanço da sociedade civil e do deslocamento do Brasil para uma política nacional menos dependente do capital americano, ocorre o golpe de estado em 1964. Os militares assumem o poder e, em **1967**, em uma conjuntura influenciada pela Guerra Fria, com o pretexto de enfrentar os "inimigos internos", instauram o arbítrio e o autoritarismo. Neste cenário, um novo texto constitucional é promulgado por um Congresso mutilado pelo processo de cassação política. O **novo texto constitucional**, além de alterar o nome do Estado brasileiro para República Federativa do Brasil, passa em 1969 por várias emendas, recepcionando – inclusive – os atos ditatoriais como o AI-5.

Após vinte anos de ditadura (1967 a 1987), o Brasil inicia o processo de redemocratização impulsionado pelo avanço dos movimentos partidários e populares (**sindical, mulheres, negros, juventude, entre outros**), o que culmina com a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã.

Esse **novo texto** traz pela primeira vez **um ordenamento jurídico mais próximo da realidade do povo brasileiro, refletindo seus anseios, sua cultura, sua diversidade**. Segundo Michel Temer:

"O Estado Brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, de 1937, de 1934, de 1981, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente".

Nasce a partir desta data um novo Estado. O texto jurídico constitucional aprovado passa a definir a terra dentro de uma concepção social dando a base para a Reforma Agrária; garante o direito dos/as indígenas à posse de suas terras; determina o combate ao racismo impondo pena de crime a quem praticá-lo; determina novos direitos trabalhistas que passam a valer para trabalhadores/as rurais e domésticos/as, direito de voto para analfabetos/as, entre outros, além de recepcionar diversos mecanismos de participação popular.

Um exemplo importante da transformação das normas que sustentam o Estado brasileiro ocorreu durante o processo Constituinte de 1988 e foi conquistado através da participação popular. Aqui já foi citado algumas vezes, o *Lobby do Batom*, como exemplo de mobilização no processo Constituinte/1988, e que adotou como slogan "*Constituinte pra valer tem que ter direitos da Mulher*". Através de cartas às parlamentares, spots de rádio e TV, outdoors, corpo a corpo nos corredores do Congresso Nacional e a atuação das parlamentares, a nova Carta Magna recepcionou mais de 80% das reivindicações apresentadas tendo sido convertidas em direitos fundamentais. Cabe lembrar alguns:

- O art. 5º, inciso I, estabelece: "*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*"; complementado com o inciso XLI: "*a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais*";

- O art. 226, § 5º prevê: "*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*", referendando o Princípio Constitucional da Igualdade também nas relações domésticas. Isso veio a se refletir no plano infraconstitucional, principalmente no âmbito civil e penal, **pondo fim à instituição do Pátrio Poder**, uma vez que o homem passa a não ser mais visto como, exclusivamente, o "chefe da família", função cada vez mais ocupada por mulheres. Assim, o termo correto para a ser "pessoa de referência". Ressalte-se, ainda, o art. 226, § 8º, que determina: "*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*". Tal dispositivo deu a abertura necessária para a elaboração e aprovação da **LEI MARIA DA PENHA (Lei: 11.340/2006)**.

O movimento organizado de diversos segmentos da sociedade brasileira garantiu, também, a aprovação de **vários direitos para as crianças e adolescentes, idosos/as, população negra e pessoas com deficiência**. **Falhou, contudo, ao não contemplar direitos para a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais**.

Desenha-se um modelo democrático, no qual o direito deixa de operar apenas no sentido negativo – garantidor da igualdade e das liberdades formais – para ser pensado como uma ferramenta no enfrentamento dos problemas sociais.

Com a **promulgação da Constituição Federal de 1988**, iniciou-se a **fase do chamado constitucionalismo contemporâneo**, na qual se pôde perceber uma **transição conflitante, mas bastante positiva**, entre o antigo modelo positivista liberal (que contém uma forte inclinação na preservação da propriedade e do mercado em detrimento das questões dos direitos subjetivos e interpessoais) e as novas tendências pós-positivistas (as quais enfrentam problemas relativos à justiça distributiva e à liberdade de consciência e de expressão).

Desenha-se um modelo democrático, no qual o direito deixa de operar apenas no sentido negativo – garantidor da igualdade e das liberdades formais – para ser pensado como uma ferramenta no enfrentamento dos problemas sociais, **na compensação por dívidas históricas do Estado-Nacional**, assim como na garantia de determinados valores, dentre eles a diversidade sócio-cultural. Esse novo contexto, de caráter global, reclama novas concepções e conceituações da política e da justiça que estejam de acordo com uma compreensão crítica da sociedade contemporânea.

LEI MARIA DA PENHA (LEI: 11.340/2006)

cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. O nome da lei é uma homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, que na década de 1980, ficou paraplégica após ser vítima, repetidas vezes, da violência do marido. Maria da Penha denunciou o fato à justiça brasileira; não obtendo resultados, com o apoio do Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), formalizou denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. O marido de Maria da Penha só foi punido 19 anos depois do julgamento.

Há ainda muito para caminhar rumo à adequação da legislação ordinária aos princípios emanados da Constituição. Afinal, a transposição dos direitos para o texto da lei não significa usufruí-los automaticamente, apesar de sua previsão legal representar grande avanço na efetivação desses direitos. **Além de imprimir maior dinâmica para as lutas, a previsão legal acarreta uma obrigação para o Estado, possibilitando uma maior cobrança e uma maior efetividade na busca pela concretização de uma sociedade política e juridicamente igualitária.**

A transposição dos direitos para o texto da lei não significa usufruí-los automaticamente, apesar de sua previsão legal representar grande avanço na efetivação desses direitos.

Entretanto, como pôde ser apreendido pelo exposto acima, **vivemos uma sociedade dividida em classes sociais em que o Estado vem, há séculos, portando-se como um porta-voz da classe hegemônica**, transformando, em vários momentos históricos, o Direito em arma de dominação, controle e coerção a favor da classe econômica mais poderosa.

Essa constatação e os reflexos da posição política do Estado poderão ser percebidos na aplicação das normas constitucionais através do Direito Constitucional, que é a matriz de todo o direito e o qual **se concretiza através da aplicação das normas de Direito Público.**

DIREITO PÚBLICO: UM BREVE HISTÓRICO

QUAIS AS IMPLICAÇÕES DO BRASIL SE DECLARAR UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO? QUAL A DIMENSÃO DOS TRÊS PODERES E DOS ENTES FEDERATIVOS? DE QUAIS FORMAS OS MOVIMENTOS SOCIAIS PODEM PARTICIPAR DA GESTÃO PÚBLICA?

A divisão do direito em público e privado tem seu início em Roma, em meados dos anos 533 d.C., diante da necessidade de delimitar dois campos de poder existentes: a esfera pública e a esfera privada, de forma a garantir o poder do Estado romano e legitimar a ação dos governantes. Assim, o imperador Justiniano nomeia comissão de dez membros para compilar os normativos imperiais existentes, que ao final de sua sistematização foi intitulado “Novus Justinianus Codex”. O trabalho realizado pelos juristas buscou especificar as **normas que determinavam o poder e o dever do Estado (público)** e aquelas que **dispunham sobre os interesses dos particulares (privado), regulando assim as relações entre os/as cidadãos/ãs e o Estado Romano.**

Já no Direito Público romano, o interesse que passa a ser regulamentado é o poder da *polis* /governo, cuja vontade é soberana e se impõem ao interesse privado. **O princípio aqui estabelecido é o da subordinação, que traz consigo a prevalência dos interesses coletivos sobre o individual.**

A transformação do poder político e a construção do Direito Público enquanto ciência ocorre na idade contemporânea, a partir das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789). As Constituições que emergiram dessas revoluções constituíram-se em um marco histórico da instituição do Direito Público. A partir deste período, as normas passam a definir os procedimentos não só para o poder político (Estado) e para os/as integrantes das castas mais abastadas, mas também para os/as cidadãos/ãs e para aqueles/as excluídos/as da sociedade.

É a partir de então que se institui o chamado **ESTADO DE DIREITO** em que o Estado realiza suas atividades respeitando as normas jurídicas e pondo fim à era do **ESTADO-POLÍCIA.**

ESTADO DE DIREITO:

O termo Estado de Direito foi elaborado por Robert Von Mohl, jurista alemão, no século XIX. Em seus estudos e trabalhos Mohl buscou sintetizar a relação entre o Estado e o Direito, entre a política e a lei, devendo a relação entre ambas ser estreita.

No Estado de Direito há uma estrutura estatal em que o poder público é definido e controlado por uma Constituição, devendo ser regido por normas jurídicas. As principais características do Estado de Direito são:

Império da lei: Lei imposta a todos. O Estado possui personalidade jurídica;

Separação dos poderes: Não há anulação mútua, nem inter-relações nocivas, entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo;

Prevalência dos direitos fundamentais: Respeito ao direito do indivíduo, sobretudo respeito aos direitos sociais e coletivos;

Segundo Miguel Reale, filósofo e jurista, “*Por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões*”.

No Estado de Direito, os/as parlamentares e demais políticos/as eleitos/as pelo voto direto devem obediência às leis promulgadas e conforme previsto por Montesquieu “*deverá haver respeito mútuo entre os três poderes da República: Executivo, Legislativo e Judiciário*”. O Estado de Direito é criado e regulado por uma Constituição, onde o exercício do poder político deve ser dividido entre os demais órgãos que deverão atuar de forma independente e harmônica.

Na constituinte de 1988, os/as deputados/as optaram por avançar no conceito preferindo definir o Estado brasileiro como um **Estado Democrático de Direito**

Para compreender as características do Direito Público é de **fundamental importância entender a noção de Estado de Direito**, pois é este que vai determinar os limites entre as atividades do Estado e as liberdades individuais. Dessa forma, a base para conceber as relações entre Estado e indivíduos passou a ser: a **SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**, a separação dos poderes, a supremacia da lei e a garantia dos direitos individuais.

É essencial que se compreenda a importância e a dimensão dos **poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo), de seus deveres e responsabilidades**, e da autonomia de cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) no exercício do poder político.

O Estado é entendido como uma pessoa: uma pessoa jurídica e de direito público. Segundo De Plácido e Silva, no ordenamento jurídico o termo “pessoa” designa

(...) todo ser, capaz ou suscetível de direitos e obrigações e, uma pessoa de direito público é aquela que personaliza as instituições e/ou entidades, criadas pela ordem jurídica como elementos fundamentais da organização política de um povo e indispensáveis ao objetivo do próprio Estado.

O Estado é, portanto, uma pessoa titular de direitos e deveres, composto de pessoas (agentes públicos/as) indicadas pelas normas jurídicas que organizam a estrutura interna do Estado, com personalidade jurídica conferida através da Constituição Federal.

O Estado exerce assim sua atividade no âmbito interno e também no plano externo. Cria-se com isso uma subdivisão no próprio direito público: **Direito Público Interno e Direito Público Externo, mais conhecido como Direito Internacional Público.**

Nas várias funções exercidas pelo Estado deve-se ter em mente a distinção existente entre pessoas políticas e pessoas administrativas, lembrando sempre que quando se faz referência a pessoas, diz-se de um sujeito/ente jurídico por

de forma a marcar claramente o princípio da igualdade. Portanto, o Estado Democrático de Direito é aquele que respeita as liberdades civis, os direitos humanos e as liberdades fundamentais através da proteção jurídica, devendo as autoridades respeitar as regras de direito e onde o povo, sendo o destinatário do poder político, participa de modo constante, com base na sua livre convicção do exercício desse poder.

ESTADO-POLÍCIA

O Estado-polícia foi um sistema de poder típico das antigas monarquias absolutistas, o qual impunha a total submissão do povo à vontade dos reis. Neste sistema imperava a arbitrariedade, inexistia vontade e direitos para os/as súditos/as, o entendimento de justiça era ditado por figuras reais e pela Igreja. Juridicamente a lei deveria ser respeitada e acatada pelo povo e não havia qualquer restrição ou dever imposto ao Estado. No Estado-polícia não havia divisão de Poderes. O poder era concentrado nas mãos dos Reis que exerciam o poder por designação divina. Tal sistema prevaleceu até o advento da Revolução Francesa quando se instituiu a Declaração dos Direitos do Homem e origina-se a idéia de uma Constituição. Os elementos fundamentais do constitucionalismo são: a limitação do poder do Estado e a Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Surgiu, assim, a ideia da Supremacia da Constituição.

SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição é encarada como sendo o ápice do ordenamento jurídico, ou seja, acima dela nada existe, nenhum outro normativo jurídico. Assim sendo, nenhum outro ordenamento jurídico pode entrar em conflito com as normas constitucionais; por conseguinte, nenhum ato de qualquer um dos poderes da República tem validade se não estiver de acordo com os preceitos constitucionais. Segundo CRISTIANNE ROZICKI: “A Constituição consiste na lei superior que rege a vida

tador de direitos e deveres. **Assim, entende-se por pessoa política de direito público aquela que tem capacidade para legislar.** De acordo com a Constituição brasileira, são elas: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

CONCEITOS E FINALIDADES

Para que o Estado exerça suas atividades, tanto no plano interno como no externo, o direito público estabelece normas não só para garantir e proteger o Estado, mas também para cercear seu poder de constrangimento sobre as pessoas.

O Estado é entendido como uma pessoa: uma pessoa jurídica e de direito público.

Com o objetivo de subsidiar o estudo sobre Gestão de Políticas Públicas, serão apresentadas apenas noções de Direito Público, de forma a contribuir para a compreensão sobre o papel do Estado e quais seus direitos e deveres para com a sociedade. Para tanto, alguns

conceitos percebidos como fundamentais serão analisados para a elaboração e aplicação de políticas públicas.

O Direito Público é o ramo da ciência jurídica que tem por finalidade regulamentar as relações entre o poder público e a coletividade e sua fonte principal está alicerçada na Constituição Federal. Como ensina o Prof. Miguel Reale:

"o direito público é complexo de princípios e regras jurídicas – orientados pelo princípio da soberania"

Durante a elaboração de políticas públicas, é imprescindível ter em mente o Princípio da **supremacia dos interesses públicos** sobre os privados.

Diferentemente do Direito Civil e Penal, o Direito Público não está codificado. Seu regramento encontra-se dispersado sem sistematização e, nesse sentido, o norte essencial para sua aplicação está

e existência de um Estado e cuja força valorativa subordina necessariamente toda legislação ordinária, ou melhor; toda legislação infraconstitucional, às suas disposições. Quer dizer, as normas inferiores terão subsistência e eficácia apenas se não contrariarem as previsões da Lei Maior. Daí que, a supremacia da Constituição pressupõe indubitavelmente a subordinação de todas as leis que lhe são posteriores, e também de todas que lhe são hierarquicamente inferiores (todas as obras legislativas passadas, atuais e futuras), ao teor de seus preceitos".

Separação dos poderes: Princípio constitucional que impõe o regime de independência e de harmonia entre os poderes do Estado, de forma a garantir que cada poder exerça suas finalidades sem invadir as atribuições de outro poder.

Supremacia da lei: Entendendo-se a lei como expressão da vontade geral de um povo, conforme preceituado por Rousseau, esta se imporá ao próprio Estado. Logo, a lei se coloca acima da vontade e dos desígnios dos/as governantes e dos poderes instituídos. A atividade pública passa a significar o exercício do poder-dever.

Garantia dos direitos individuais: Este princípio foi inserido na Constituição Federal como cláusula pétrea, ou seja, ele não pode ser excluído ou diminuído, os/as legisladores/as só poderão ampliá-los. Este fato decorre da importância de sua finalidade, uma vez que é uma das principais bases onde se assenta a concepção de um Estado Democrático e de Direito. Assim, segundo Gordillo "... a separação dos poderes, a superioridade das leis e a própria Constituição, não são valores em si mesmos, antes existem para tornar efetiva, permanente e indestrutível a garantia de direitos individuais. Assim os indivíduos aparecem protegidos contra avanços injustos dos poderes públicos; por um lado o administrador respeitando as leis e por outro o legislador respeitando a Constituição". Juntamente com a garantia dos direitos individuais foram instituídos instrumentos jurídicos para efetivá-los, tais como o *habeas corpus*, mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade e a ação civil pública.

presente em seus princípios fundamentais pelos quais se orientam juízes/as, juristas e leigos/as interessados/as.

Tendo em vista o foco desse estudo, durante a elaboração de políticas públicas, é imprescindível ter em mente o Princípio da **supremacia dos interesses públicos** sobre os privados. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, este princípio é o “pressuposto de uma ordem social estável” – o Estado é um meio para concretizar o interesse público, o qual deve estar sempre acima dos interesses privados.

Outro princípio fundamental a se considerar é o Princípio da legalidade, já que o Brasil é um **Estado Democrático de Direito** e deve exercer seu poder respeitando as próprias leis, editadas através do Poder Legislativo eleito. De acordo com Riccardo Guastini:

“são nulos todos os atos dos poderes públicos que não estejam em conformidade com a Lei”.

Portanto, se a função do Estado é exercer o poder político e se seu objetivo maior é o bem estar dos/as cidadãos/ãs, os interesses públicos devem prevalecer sobre os interesses privados e sua ação deve estar sempre norteadada pelo princípio da legalidade, para não incorrer em ato nulo. **A administração pública** – que é o meio pelo qual o Estado buscará a realização do bem comum – **deverá estar sempre voltada para os interesses da coletividade**. De acordo com Hely Lopes Meirelles:

Os fins da Administração pública se resumem num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se ele, o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não instituiu a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.

Privilegiar as parcerias com a sociedade civil organizada como forma de garantir maior efetividade nas políticas públicas imprimindo, assim, ao Estado um caráter democrático e participativo.

Estes princípios deverão ser os norteadores da elaboração da política pública que, para ter sua implementação assegurada, deverá estar prevista no orçamento público e respaldada pela Lei Orçamentária.

A legislação prevê também sistemas de fiscalização da Administração Pública (aqui entendida como o Poder Executivo). Esses sistemas podem ser de **Controle Interno** (quando este é desenvolvido dentro da Administração de cada um dos Poderes) ou de **Controle Externo** (quando qualquer cidadão/ã, partido político, associação ou sindicato denunciar diretamente irregularidades ou ilegalidades praticadas pela Administração junto ao Tribunal de Contas e ao Poder Legislativo). Desta forma, cabe às/aos agentes públicos/as a aplicação das normas de direito público na formulação e implementação das políticas públicas.

Após 2002, o avanço que vem sendo conquistado, tanto nas interpretações das normas de direito público como na elaboração de políticas de ação afirmativa, deve-se ao fato de se **privilegiar as parcerias com a sociedade civil organizada** como forma de **garantir maior efetividade nas políticas públicas** imprimindo, assim, ao Estado um caráter **democrático e participativo**.

AÇÕES AFIRMATIVAS E OS NORMATIVOS JURÍDICOS

VOCÊ JÁ DEVE TER OUVIDO QUE AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA SÃO ILEGAIS, PORQUE FEREM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE. OU QUE SE TRATAM, APENAS, DE PRIVILÉGIOS INVERTIDOS... VOCÊ ESTÁ CONVENCIDO/A DISTO? CONHEÇA OS ARGUMENTOS JURÍDICOS DOS/AS PESQUISADORES/AS QUE DEFENDEM AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO RECURSO PARA A CONQUISTA DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E DE DIREITOS.

Na definição utilizada por Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas podem ser definidas como

(...) um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, 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 a educação e o emprego (Gomes, 2001: p.40).

Conforme apontado pelo autor, as ações afirmativas podem ser políticas públicas realizadas em qualquer esfera governamental (municipal, estadual e federal), ou podem ser desenvolvidas por instituições privadas. As ações afirmativas visam evitar que formas conhecidas de discriminação promovidas por mecanismos enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo, manifestem-se formalmente. Além de alcançar o ideal da igualdade de oportunidades, as **ações afirmativas pretendem** também **“induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica**, aptas a **subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher”** (Gomes, 2001: p. 44).

As **ações afirmativas pretendem** também **“induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica (...)”**.

Sendo assim, ações afirmativas referem-se a um conjunto de medidas especiais temporárias que têm por objetivo incrementar a representação e a participação de determinados indivíduos ou grupos sub-representados, de maneira a garantir a igualdade de participação na vida social, econômica e política e o pleno exercício e gozo dos direitos humanos. Tais medidas podem variar quanto à forma e ao conteúdo, a depender de condições políticas e socioeconômicas de determinado contexto.

A adoção de ações afirmativas tem por base o pressuposto de que somente através de intervenções específicas, ainda que temporárias, uma determinada situação persistente de inferioridade, discriminação ou desigualdade social poderá ser superada. Da mesma forma, **elas têm como meta eliminar os efeitos persistentes da discriminação passada que tendem a perpetuar privilégios e manter as desigualdades entre grupos dominantes e marginalizados**. Além disso, as ações afirmativas promovem a visibilidade de uma grande diversidade e de **maior representatividade**

dos grupos discriminados nos mais diversos campos de atuação, possibilitando que posições de mando, liderança e prestígio no mercado de trabalho também sejam ocupadas por grupos antes discriminados.

A ideia de se estabelecer políticas de fortalecimento ou afirmação de determinados grupos sociais marginalizados nasceu na Índia, na primeira metade do século XX, ainda sob domínio inglês. A sociedade indiana, estratificada historicamente em castas, hierarquizava seus segmentos distintos, constituindo exemplo único de inexistência de mobilidade social. As políticas especialmente destinadas às castas desfavorecidas buscavam, assim, dar-lhes melhores condições de estudo e de trabalho.

Moehlecke (2002), porém, afirma que a origem da expressão *ação afirmativa* teria se dado nos Estados Unidos, na década de 1970, em um momento de reivindicação pela igualdade de oportunidades e eliminação das leis segregacionistas vigentes naquele país. **Assim, a expressão *ação afirmativa* busca não somente eliminar práticas segregacionistas como também assumir uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra.** Além disso, as ações afirmativas assumiram formas e públicos diversos. Segundo a autora:

Nesses diferentes contextos, a ação afirmativa assumiu formas como: ações voluntárias, de caráter obrigatório, ou uma estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação. Seu público-alvo variou de acordo com as situações existentes e abrangeu grupos como minorias étnicas, raciais e mulheres. As principais áreas contempladas são o mercado de trabalho, com a contratação, qualificação e promoção de funcionários; o sistema educacional, especialmente o ensino superior; e a representação política (Moehlecke, 2002: 197).

No Brasil, a partir dos anos 1990, instaura-se o debate em torno das ações afirmativas.

O Estado norte-americano passou a considerar estes critérios na implementação de suas decisões que envolvessem a contratação de seus/suas próprios/as funcionários/as, a contratação de funcionários/as por outrem e as oportunidades de acesso a estabelecimentos educacionais, para evitar que a discriminação de base histórico-cultural perpetuasse as iniquidades sociais (Gomes, 2001: 39). Assim, inicialmente, **ações afirmativas foram definidas como um encorajamento por parte do**

Estado para que empresários/as e poder público considerassem fatores como raça, cor, gênero e origem nacional nas decisões de admissão no campo educacional e de acesso ao mercado de trabalho. Nos fins dos anos 1960 e início dos 1970, a conceituação de ações afirmativas foi associada à ideia de “igualdade de oportunidades” por meio da adoção de cotas fixas de participação dos grupos discriminados.

Os termos utilizados, os modelos adotados e as esferas de atuação das Ações Afirmativas variam segundo os países que as adotam. O trabalho de Jaccoud e Beghin (2002) faz um balanço da intervenção governamental entre os anos de 1995 e 2002 e constrói uma tipologia de classificação das políticas. Seriam elas:

- i) *Valorativas*: têm por meta combater estereótipos negativos, historicamente construídos e consolidados na forma de preconceitos e racismo;
- ii) *Afirmativas*: prevenir ou combater os efeitos dos processos discriminatórios cujo resultado provoca a exclusão de caráter racial;
- iii) *Repressivas*: visam combater o ato discriminatório – a discriminação direta – usando a legislação criminal existente.

Portanto, há diversas modalidades de políticas e diferentes esferas de implantação.

No Brasil, a partir dos anos 1990, instaura-se o debate em torno das ações afirmativas. O **fortalecimento, reordenamento e a pressão de grupos organizados**, tanto do **movimento negro** quanto o **de mulheres**, possibilitou que **a sociedade e o governo, colocassem o tema em pauta**. A partir de então, a sociedade brasileira que convivia com o discurso de que havia igualdade de acesso a políticas públicas e não havia preconceito em relação a negros/as ou iniquidades e violência contra as mulheres, foi obrigada a enfrentar as desigualdades e discursos que até então camuflaram o problema. A vasta literatura sobre o caso brasileiro analisa os processos políticos de sua implantação, suas controvérsias e modelos, ressaltando a importância da mobilização política para sua realização, tema que também será abordado. Este debate teve início no campo jurídico devido ao debate sobre conjugação de Ação Afirmativa e direitos constitucionais.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em sua Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, documento ratificado pelo Brasil, enfatiza que a

(...) discriminação é o nome que se dá para a conduta (ação ou omissão) que viola direitos das pessoas com base em critérios injustificados e injustos tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros. A discriminação é algo assim como a tradução prática, a exteriorização, a manifestação, a materialização do racismo, do preconceito e do estereótipo. Como o próprio nome diz, é uma ação (no sentido de fazer ou deixar de fazer algo) que resulta em violação de direitos. Discriminação contra a mulher significa toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou o exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (Art. 1º).

Ao se tratar da temática das ações afirmativas no Brasil, é importante **estabelecer uma articulação entre o histórico das novas formulações** em torno dos direitos contemporâneos e o **reconhecimento da responsabilidade e fomento do Estado** brasileiro na legitimação e manutenção do modelo econômico da escravidão, assim como de um regime discriminatório com relação às mulheres. Mesmo entre os grupos marginalizados, a condição da mulher foi tolhida, impedindo que a mesma se fizesse presente no espaço público como sujeito de direitos ou que tivesse o mesmo direito à fala. (Simões & Facchini, 2009, Facchini, 2009).

A novidade não está na formulação de decisões legais, quanto ao tratamento destinado à temática em questão, **mas quanto a uma decisiva qualificação e implementação dos mecanismos de democracia representativa** que estão em prática há algum tempo no Brasil e no mundo. De acordo com Piovesan (2006, p. 20):

O sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos constitui o legado maior da chamada "era dos Direitos", que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do direito Internacional contemporâneo (...). Se a Segunda Guerra Mundial simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, o Pós-Guerra significou a esperança de reconstrução desses mesmos direitos. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Manifesta-se, assim, a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. (PIOVESAN e SOUZA, 2006)¹

As políticas de ação afirmativa são medidas temporárias, que têm em vista um impacto efetivo sobre a desigualdade de raça e gênero, depois do que devem ser abandonadas

A questão das ações afirmativas não deveria, portanto, suscitar surpresa ou reações contrárias à sua implementação. Todavia, face ao modelo excludente que se fez presente nos últimos séculos, é de supor que as manifestações contrárias representem a tradição conservadora dos grupos historicamente dominantes. **As ações afirmativas são uma ameaça real aos privilégios sociais decorrentes da aplicação literal da tradição liberal a uma realidade profundamente desigual e separada por características étnico-raciais e de gênero.** Vale ressaltar que as políticas de ação afirmativa são medidas temporárias, que têm em vista um impacto efetivo sobre a desigualdade de raça e gênero, depois do que devem ser abandonadas, **não implicando em privilégios invertidos, destinados a se perpetuarem.**

Para uma compreensão dos avanços normativos internacionais e dos desafios contemporâneos, é importante situar os parâmetros protetivos internacionais. Houve um **importante avanço na perspectiva da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos**, ao se traduzir a expressão revitalizante da **Constituição Federal de 1988**, seguramente a principal porta de entrada para a defesa judicial dos direitos e interesses das vítimas de todas as formas de discriminação. Observe-se que a atual Carta Magna alude à tutela constitucional dos direitos emanados dos tratados internacionais (Art. 5º, § 2º). Isso decorre da posição do Estado brasileiro como signatário de importantes tratados internacionais antidiscriminatórios.

Em consonância com a normatização dos direitos humanos **no preâmbulo da Constituição, tem-se a igualdade como valor supremo "de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos", o**

1.

Ordem Jurídica e Igualdade Étnico Racial – Piovesan, Flávia e Souza, Douglas, 2006, DF.

que já demonstra a intenção constitucional de proibição de discriminação. Prevista no artigo 1º, III, da Constituição da República, como fundamento, a dignidade humana carrega implicitamente no seu conceito a igualdade, considerando que dignidade é o respeito, devido pelo Estado e pela sociedade, à humanidade de todas as pessoas. Nos incisos III e IV, do artigo 3º, se encontra a igualdade transformada em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil:

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

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 discriminação.

Como objetivo fundamental, o Estado deve então perseguir a concretização do princípio da igualdade, o que permite afirmar que políticas de cunho positivo, tais como as ações afirmativas, estão de acordo com os objetivos constitucionais

Como objetivo fundamental, o Estado deve então perseguir a concretização do princípio da igualdade, o que permite afirmar que políticas de cunho positivo, tais como as ações afirmativas, estão de acordo com os objetivos constitucionais, tendo em vista que **a redução das desigualdades, bem como a promoção do bem de todos são deveres e direitos previstos na Constituição.**

A igualdade também é prevista expressamente entre os direitos e garantias fundamentais:

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

Ao lado do direito à igualdade, surge, como direito fundamental, o direito à diferença.

Aqui, são previstas a **igualdade formal** e a **igualdade substancial**, o que permite concluir que no Estado Democrático de Direito tanto uma quanto a outra recebe a mesma importância. Há, portanto, diversas manifestações expressas ao se tratar dos pressupostos para o enfrentamento das desigualdades raciais no Brasil. Há que se superar obstáculos interpretativos em torno do *Princípio da Igualdade* – na efetivação de verdadeiros comandos positivos na correção de assimetrias para as desigualdades no país.

Se, no primeiro momento, os direitos humanos preconizam uma proteção geral com base no princípio liberal da igualdade, **com a evolução das sociedades urbanas, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a ideia de diversidade ganha importância.** De fato, observa-se que alguns setores têm, historicamente, obstáculos no seu acesso a bens materiais e imateriais. Sendo assim, há um nivelamento das condições legitimado pela premissa da igualdade formal, não se reconhecendo as particularidades e peculiaridades que cercam as circunstâncias fáticas da pobreza e da discriminação. Desta forma, enfatiza Piovesan:

*(...) faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Sob essa ótica, determinados sujeitos de direitos ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Nesse cenário, as mulheres, as crianças, a população de afrodescendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. **Ao lado do direito à igualdade, surge, como direito fundamental, o direito à diferença.***

Com destaque, prossegue a jurista apresentando três vertentes no que tange à concepção da igualdade, a saber:

Igualdade formal – reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios);

Igualdade material – correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico);

Igualdade substancial – correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios como os de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, entre outros).

Nesse sentido, para consagrar o princípio da igualdade expresso em um contexto em que se conjuga a parceria do Estado com a sociedade como um bem relevante no fortalecimento da democracia, as premissas acima evocadas robustecem o amadurecimento do processo democrático brasileiro em consonância com as normativas internacionais.

Para efeito de ilustração **vale registrar a trajetória do Brasil na consolidação dos paradigmas novos em torno do Direito brasileiro e as normativas do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos a partir de 1988**, apresentando os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário:

Igualdade substancial – correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades

Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 21/12/1965, ratificada pelo Brasil em 27/03/1968;

- *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/07/1989;*
- *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28/09/1989;*
- *Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/1990;*
- *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24/01/1992;*
- *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995;*

- *Protocolo à Convenção Americana Referente à Abolição da Pena de Morte, em 13/08/1996;*
- *Protocolo à Convenção Americana Referente aos Direitos, em 21/08/1996;*
- *Plano de Ação e Declaração de Durban – III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, em 2001;*
- *Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20/07/2002;*
- *Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 28/07/2002;*
- *Os dois protocolos facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados, à venda de crianças e à prostituição e pornografia infantis, em 24/01/2004*
- *Reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 12/1998.*

Diante da reflexão proposta, ressalta-se o papel do Estado como promotor dos direitos inerentes à ampliação dos serviços públicos e das políticas públicas em geral, bem como sua essencialidade no fortalecimento das instituições do Direito na busca pela igualdade de gênero e raça, na afirmação e reconhecimento das especificidades culturais das comunidades.

Cabe ressaltar, ainda, que **todos os normativos jurídicos são apenas textos. Para que estes não sejam apenas utopias, mas que se concretizem na implementação dos direitos e na construção de uma sociedade justa, fraterna e igualitária, dependerão, fundamentalmente, da participação e reivindicação social como também da sensibilização dos/as agentes administrativos/as na elaboração e efetivação de políticas públicas capazes de proporcionar condições para o exercício da efetiva cidadania.**

NA PRÓXIMA UNIDADE VOCÊ VERÁ, COM MAIS DETALHES, COMO OS MOVIMENTOS NEGRO, DE MULHERES E DE MULHERES NEGRAS TÊM INCIDIDO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.